وثائق الفشتالي

تأليف

أبي عبد الله محمد بن محمد بن أحمد بن عبد الملك الفشتالي

المتوفى سنة (٧٧٩هـ)

حققه وضبطه ورقم نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليه

أبو الفضل الدمياطي أحمد بن علي

(عفا الله عنه)

مركز التراث الثقافي المغربي

دار ابن حزم

وثائق الفشتالي

تأليف

أبي عبد الله محمد بن محمد بن أحمد بن عبد الملك الفشتالي

المتوفى سنة (٧٧٩هـ)

حققه وضبطه ووثق نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليه

أبو الفضل الدمياطي أحمد بن علي

(عفا الله عنه)

دار ابن حزم

مركز التراث الثقافي المغربي
الدار البيضاء

الطبعة الأولى
١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م

الكتب والدراسات التي تصدرها الدار
تعبر عن آراء واجتهادات أصحابها

مركز التراث الثقافي المغربي
الدار البيضاء - 52 شارع القسطلاني - الأحباس
هاتف: 442931 - 022/ فاكس: 442935 - 022
المملكة المغربية

دار ابن حزم

بيروت – لبنان – ص.ب : 14/6366
هاتف وفاكس : 701974 – 300227 (009611)
البريد الإلكتروني : ibnhazim@cyberia.net.lb
الموقع الإلكتروني : www.daribnhazm.com

وثائق الفشتالي

بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة المحقق

إن الحمد لله، نحمده ونستعينه، ونستغفره، ونتوب إليه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله.

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلا تَمُوتُنَّ إِلاَّ وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ﴾ [آل عمران: ١٠٢].

﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيراً وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيباً﴾ [النساء: ١].

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلاً سَدِيداً (٧٠) يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَن يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزاً عَظِيماً﴾ [الأحزاب: ٧٠، ٧١].

وبعد:

فلما للتوثيق من أهمية في حياة الناس اهتم الشرع به، فوضع له أسسه وضوابطه، ومن هنا اهتم العلماء بالتصنيف في هذا الباب من العلم، وكان على رأس المهتمين به هم السادة المالكية، فإن مصنفات المالكية في باب التوثيق يصعب حصرها، وهذه المصنفات تتفاوت فيما بينها من جهة حجمها ومن جهة جودة تصنيفها، فهي ليست في درجة واحدة لا في الحجم ولا في جودة التصنيف، وإذا تكلمنا عن جودة التصنيف نجد أن «وثائق الفشتالي» من أجود ما صُنِّفَ في هذا الباب، ومن هنا كان حرصنا على إخراجها بصورة تليق بها، فقمت في إخراجها بالعمل الآتي:

١ ـ نسخ الأصل الخطي مع مراعاة قواعد الإملاء.

٢ ـ ضبط النص.

٣ ـ توثيق النص، وكنت حريصًا على توثيق كل نقل، فوثقت ما استطعت .

٤ ـ تخريج الآيات.

٥ ـ تخريج الأحاديث، مع الحكم عليها ما استطعت.

٦ ـ تعريف عدد غير قليل من المصطلحات، والكلمات الغريبة.

٧ ـ قابلت بعض النقولات على مصدرها الأصلي زيادة في ضبطها.

٨ ـ تكلمت عن التوثيق وما يتعلق به في فصل تمهيدي في المقدمة.

٩ ـ صنعت ترجمة متواضعة للمؤلف.

١٠ ـ ذكرت ثناء العلماء على «وثائق الفشتالي» مع بيان ما أُلِّف عليها.

١١ ـ قمت بعمل فهارس علمية شاملة للوثائق.

وفي الختام أسأل الله القبول إنه خير مسؤول، والحمد لله على التمام، وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

وكتبه

أبو الفضل الدمياطي

أحمد بن عليّ

عفا الله عنه وعن والديه.

* * *

مدخل
بين يدي الكتاب

تعريف التوثيق

أولاً: التوثيق لغة:

الثوثيق له عدة معان لا تكاد تخرج عن معيين:

الأول: الإحكام، والتقوية: يقال: وثق الشيء إذا أحكم، ويقال: وثق الأمر توثيقًا: أحكمه وقواه، فهو وثيق أي: ثابت محكم.

الثاني: الشد والربط والإلزام؛ فالتوثيق مصدر وثق الشيء إذا شده وربطه؛ لأنها تربط المتعاقدين، أو من ألزم نفسه ما يلزمه، ومنه سمي الحبل والقيد وثاقًا.

ثانيًا: في الاصطلاح:

قد ذكر الإمام الكياالهراسي في كتابه «أحكام القرآن» أن معنى الوثيقة في الديون «ما يزداد بها الدَّين وكادة».

أما التوثيق فهو أعم، وهو علم يبحث فيه عن كيفية إثبات العقود والتصرفات وغيرها على وجه يصح الاحتجاج والتمسك به، واستيفاء الحق منه.

التعريف عام يشمل استعمالات الفقهاء لمصطلح توثيق الدَّين الذي لا يخرج عن أمرين:

الأول: تقوية وتأكيد حق الدائن فيما يكون له في ذمة المدين من مال، بشيء يعتمد عليه ، كالكتابة أو الشهادة ؛ لمنع المدين من الإنكار وتذكيره عند النسيان، أو لدفع دعاواه بأن الدَّين أقل من المطلوب أو دعوى الدائن بأن الدين أكثر منه، أو لدفع دعوى عدم حلول الأجل إن كان تم أجل، ونحو ذلك بحيث إذا حصل نزاع أو خلاف بين المتعاملين فيعتبر هذا الكتاب أو الشهادة وثيقة ووسيلة يحتج بها لإثبات الدين المتنازع فيه أمام القضاء.

الثاني: تأمين حق الدائن، والتمكين من استيفائه عند امتناع المدين عن الوفاء لأي

سبب من الأسباب، مثل الرهن أو الكفيل ونحو ذلك من عقود التوثيقات.

ومن هنا نلاحظ أن ثمة توافقًا بين مفهوم «إثبات الدَّين» وبين مفهوم « توثيق الدَّين»؛ لأن الإثبات والتوثيق كلاهما يهدفان إلى غاية واحدة وهي حماية الحقوق ومنع التلاعب بها، والقضاء بها لأصحابها وقطع دابر المنازعة والخصومة بين الناس، مع أن التوثيق يعتبر مقدمًا للإثبات حيث إنه يوجد عند إنشاء التصرف المقتضي ثبوت الدَّين في الذمة، فهو يسبق الإثبات، وكذلك فإن توثيق الدَّين بالطرق التي تقويه، وتؤكده يمثل بعض وسائل الإثبات ، كالكتابة والشهادة، لا كلها، حيث إن وسائل الإثبات وطرق الإثبات كثيرة تعتبر حججًا معتبرة تحكم بموجبها في القضاء، وإن كانت ليست توثقه.

مرادافات للتوثيق:

أما توثيق المعاملات فعلم قائم بذاته، يعرف قديمًا بعلم الشروط، ومنهم من يسميه صنعة التوثيق .

تاريخ التوثيق:

قال الأستاذ الدكتور/ عبد الستار عبد الحق الحلوجي:

وأول مظهر لاهتمام العرب بتوثيق النصوص هو عناية الرسول ﷺ بكتابة القرآن الكريم، وحرصه على ضبط ما يكتبه كتبة الوحي، فقد روي عن زيد بن ثابت قوله: «كنت أكتب الوحي عند رسول الله ﷺ وهو يملي عليّ، فإذا فرغت قال: «**اقرأه**»، فإن كان فيه سقط أقامه، ثم أخرج به إلى الناس».

وبما أن الحديث النبوي هو المصدر الثاني من مصادر التشريع، ونظرًا لأنه لم يدون إلا على رأس المائة الثانية للهجرة فقد كان طبيعيا أن يهتم المسلمون بتوثيقه اهتمامًا بالغًا، لما له من أهمية في شؤون أمور الدين والدنيا؛ ولهذا وضعت القواعد لقبول الحديث وظهر الاهتمام بصحة الإسناد منذ عهد مبكر، فقد روي عن عبد الله ابن المبارك قوله: «مثل الذي يطلب أمر دينه بلا إسناد كمثل الذي يرتقي السطح بلا

سلم»، ونتج عن ذلك الاهتمام بصدق الرواة والتأكد من حسن سماعهم لما يروونه، وحقيقة لقائهم بشيوخهم وعدم الزيادة أو النقصان أو التحريف أو التصحيف أو المخالفة فيما يروون من أجل التثبت من أهليتهم لرواية الحديث، وكما نتج عنه الاهتمام بمعرفة اتصال السند أو انقطاعه ، وعلوه ونزوله، وغير ذلك مما فصلته علوم الحديث، وقد تمخض هذا كله عن ظهور علم مصطلح الحديث من ناحية، وكتب الجرح والتعديل من ناحية أخرى.

وكان لتوثيق النصوص مظاهر متعددة تمثلت في تدوين السماعات والقراءات والإجازات والمقابلات والمعارضات والتصحيحات والاستدراكات على النسخ المخطوطة إحكامًا واستيثاقًا.

وفي العقد الثالث من القرن العشرين استخدم المكتبيون مصطلح «التوثيق» كمقابل لكلمة Decumentation التي أفرزها عصر تفجر المعلومات، فقد أدى التتابع السريع والمنتظم للمعلومات التي تنشر في غير الكتب كمقالات الدوريات والبحوث والتقارير والنشرات والمستخلصات والرسائل العلمية وغيرها من صور النشر الحديثة وبخاصة في مجال العلوم والتكنولوجيا.

وأدى عجز النظم الببليوجرافية التقليدية في تلبية احتياجات الباحثين في التخصصات الدقيقة أدى ذلك إلى تحول المكتبات المتخصصة إلى مراكز توثيق مهمتها السيطرة على هذا السيل الجارف من المعلومات جمعًا وتسجيلاً وتصنيفًا واختزانًا في الحاسبات الإلكترونية ، وتقديم خدمة غير تقليدية للباحثين فبدأت مراكز توثيق متخصصة في الزراعة والصناعة والتربية وغيرها من فروع المعرفة، وانعكس هذا التطور على مسميات أقسام المكتبات ومعاهدها، فأصبحت تسمى «أقسام المكتبات والتوثيق» واستمرت هذه الموجة ثلاثة عقود ثم بدأت في الانحسار، وبدأ مصطلح «التوثيق» يختفي من الاستخدام في ليحل محله مصطلح جديد هو Information المعلومات.

أهمية التوثيق:

وللتوثيق أهمية كبيرة في تنظيم سير المعاملات، وجعلها على أساس مكين، وركن ركين من الاطمئنان والراحة حين التعامل بين الأطراف، وتظهر أهميته في أمور أهمها:

أولاً: إن التوثيق يعد ذا أهمية بالغة لكشف نوايا المتعاقدين؛ لأنه لا يقوم ـ غالبًا ـ من أراد التلاعب، وجحد حقوق الآخرين، لتوثيق الحق الذي عليه، فإثبات التصرفات والعقود والوثائق والحقوق ، والتصديق على التصرفات النظامية الواردة فيها، والحكم بصحتها ولزومها، يكفل تحقيق الطمأنينة التامة على الحقوق، واستقرار المعاملات، وإغلاق أبواب الحيل والتحايل، والشر والمنازعات.

ثانيًا: إن في التوثيق صيانة للأموال من أن تكون عرضة للضياع بإنكارها وعدم التمكن من إثباتها.

فوجود الوثائق الكتابية مثلاً وتصديقها أوكد وأضمن في صيانة الأموال، ولا يغني الشهود عن الوثيقة الكتابية؛ لأنه وإن كان الشهود يثبتون الحقوق، ويلزمون بالحكم بهم، إلا أنهم عرضة لأن يموتوا ، أو يوجد لديهم ما يمنعهم من الحضور أمام القضاء لأداء الشهادة، وقد يرد القاضي شهادتهم لقصور فيها أو لطروء الفسق عليهم، وقد ينسون أو يخافون من عقاب، أو يرغبون في مال، وغير ذلك من الصوارف التي تصرف الشهود على الإدلاء بشهادتهم.

ثالثًا: إن في التوثيق قطع المنازعة بين المتعاملين؛ ذلك أن الزمن كفيل بنسيان أحد الأطراف مقدار الأصل أو مقدار الثمن، أو غير ذلك من الشروط، فيكون إنكاره على بعض الحق لا جحودًا، ولكن نسيانًا، فيكون ذلك موجبًا للنزاع، ووجود التوثيق يمنع كل ذلك غالبا؛ لأنهما يرجعان إليه، فيعرفان الحق من الباطل.

قال ابن العربي في حكمة مشروعية كتابة الدين: ليستذكر به عند أجله، لما يتوقع من المدة التي بين المعاملة وبين حلول الأجل فالنسيان موكل بالإنسان، والشيطان ربما

حمل على الإنكار، والعوارض من موت وغيره تطرأ ، فيشرع الكتاب والإشهاد.

رابعًا: إن في التوثيق تحرزًا من بطلان العقود وفسادها، فإذا كتبا بما تعاقدا عليه، ووثقا ذلك من قبل كاتب العدل مثلاً أو عند عارف بأصول المعاملات وبالقواعد الشرعية؛ لأن الفقيه يعلم بما يلزم من الشروط في التوثيق، وأدرى بما يجب ذكره، وما يجب تركه، وقد لا يهتدي المتعاقدان إلى الأسباب المفسدة للعقود، فإذا لم يكتبا ذلك عند عارف بالشروط المفسدة للعقود والتصرفات فقد يكون ما تعاقدا عليه مشتملاً على ما يفسده وهما لا يدريان فيبقى عقدهما قابلاً للبطلان في المستقبل ، خاصة إذا حصل بينهما اختلاف وترافعا إلى قاض للحكم بينهما.

خامسًا: إن في التوثيق رفعًا ودفعًا للشك والارتياب بين المتعاملين.

فقد يشتبه على المتعاملين أو على ورثتهما إذا تطاول الزمان في مقدار الأجل أو الثمن أو في بعض الشروط ، فقد يقعان في النزاع والمخاصمة من غير قصد لإبطال حق كل واحد منهما فإذا كان ثم توثيق للعقود، ورجعا إليه، فلا يبقى بعد ذلك شك ولا ارتياب.

سادسًا: إن في التوثيق تأمينًا لحق الدائن، فإذا توثق الدائن من حقه بكفيل أو ضمان أو رهن، ثم عجز المدين عن السداد أو ماطل أمكن استيفاء الدائن حقه من هذه الوثيقة.

وسائل وطرق التوثيق:

فقد تكون بعقد ـ وهو ما يسمى عقود التوثيقات كالرهن والكفالة والضمان ـ وقد يكون عقدًا كالكتابة والإشهاد وحق الحبس والاحتباس، ومنه ما هو وثيقة بمال، كالرهن والمبيع في يد البائع، ومنه ما هو وثيقة بذمة كالكفالة.

وبيان ذلك فيما يلي:

أ ـ الكتابة: كتابة المعاملات التي تجري بين الناس، وسيلة قوية لتوثيقها وقد أمر الله سبحانه وتعالى بها في أطول آية في القرآن وهي آية المداينة بقوله تعالى: ﴿**إذا**

﴿ تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وقد وثق النبي ﷺ بالكتابة في معاملاته ، فباع وكتب، ومن ذلك الوثيقة التالية: «هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله ﷺ : اشترى منه عبدًا أو أمة، لا داء ولا غائلة، ولا خبثة بيع المسلم المسلم».

وقد ذهب جماهير الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة إلى صحة توثيق الدين بالكتابة، وأنها بينة معتبرة في الإثبات إذا كانت صحيحة النسبة إلى كاتبها.

قال ابن تيمية ـ رحمه الله: «والعمل بالخط مذهب قوي، بل هو قول جمهور السلف».

وقال ابن فرحون في «تبصرة الحكام» : «وإن قال: لفلان عندي أو قبلي كذا وكذا بخط يده قضي عليه به؛ لأنه خرج مخرج الإقرار بالحقوق».

وهذا القول بلا شك هو الراجح والأدلة كثيرة، ومنها ما جاء في الصحيحين:

عن ابن عمر – رضي الله عنهما – أن رسول الله ﷺ قال: **«ما حق امرئ مسلم يبيت ليلتين ، وله شيء يريد أن يوصي فيه، إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه»**.

وأما دعوى أن الخطوط تتشابه، وقد يعتريها التبديل والتزوير والمحاكاة وقد يكتب من غير قصد للبيع ولا مريد له، فهذا غير مسلم؛ لأن الاعتماد على الخط والكتابة إنما هو لمجرد معرفة خط كاتبه، ثم بعد ذلك يكون الخط كالعلم بنسبة قائله إليه.

يقول ابن القيم ـ رحمه الله : «فإن القصد حصول العلم بنسبة الخط إلى كاتبه، فإذا عرف ذلك وتيقن، كان كالعلم بنسبة اللفظ إليه، فإن الخط دال على اللفظ، واللفظ دال على القصد والإرادة ، وغاية ما يقدر اشتباه الخطوط، وذلك كما يفرض من اشتباه الصور والأصوات،وقد جعل الله سبحانه في خط كل كاتب ما يتميز به عن خط غيره كتميز صورته وصوته».

وعليه فإذا كتب إقراره على الدين الذي عليه، أو قيد ذلك بالقيود والسندات

والوصولات الرسمية وغيرها، فإن ذلك يعتبر حججًا معتمدة في توثيق الدين وإثباته.

جاء في «مـجلة العدليـة» مادة (١٦٠٩): «إذا كتب أحـد سندًا أو استكتـبه من كاتب، وأعطاه لآخر موقعًا بإمضائه أو مختـومًا ، فإذا كان مرسومًا ـ أي حرر موافقًا للرسم والعادة ـ فـيكون إقرارًا بالكتابة، ويكون مـعتبـرًا ومرعيا كـتقريره الشـفاهي، والوصولات المعتاد إعطاؤها هي من هذا القبيل».

ب ـ الإشهاد: إشهاد الشهود على التصرفات والعقـود وسيلة لتوثيقها، واحتياط للمتعاملين عند التجاحـد، إذ هي إخبار لإثبات حق ، أو دفع باطل ولقد سمى النبي ﷺ الشهود بينة لوقوع البيان بقـولهم، وارتفاع الإشكال بشهادتهم فقال ﷺ: «**البينة أو حد في ظهرك**»، وقد اتفق الفقهاء على مشروعيـة الشهادة، وأنها مشروعة لتوثيق الدين والمعاملات، وقد أوجبها الظاهرية؛ لظاهر الأمر في قوله تعالى: ﴿ **وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَىٰ** ﴾ [البقرة: ٢٨٢] غيـر أن الذي عليه عامة أهل العلم هو استحباب الشهادة لا وجوبها، قال ابن العربي ـ رحمه الله: «والظاهر الصحيح أن الإشهـاد ليس واجبًا، وإنما الأمـر به أمر إرشاد للتـوثيق والمصلحة، وهو في النسيـئة محتـاج إليه لكون العلاقـة بين المتعاقدين باقـية، توثقًا لما عسى أن يطرأ مـن اختلاف الأحوال وتغير القلوب» .

المعاملات التي شُرِعَ لها التوثيق:

لم يكن التوثيق في اعتبار الشـارع مطلوبًا ولا سائغًا في كل ما يسمى عند الناس معاملـة، وإنما هو في المعاملات التي اعتـرفت بها الشريعة، وسـوقتها وسيلـة لتبادل الأموال والمنافع ، حتى يكون التوثيق مبنيا على أصل صحيح.

ومن القواعد المشهورة: أن المبني على الفاسد فاسـد، أو أن الفاسد لا يُبْنَى عليه صحيح.

وعلى ضوء ذلك تكون المعاملات الباطلة بمعزل عن رعـايتها بطلب التوثيق فيها،

بل الشارع يزجر عنهـا، ويدعو إلى التنصل منها، فلو أن مسلمًـا باع خمرًا أو خنزيرًا لمسلم آخر فقد تعاملا في غير مال محترم وذلك غير مشروع بأصله، ومهما بلغ الثمن حالا أو مؤجلاً فلا موضع هنا للتوثيق ؛ لأنهـا معاملة محظورة لا تكسب حقا وقس على ذلك كل معاملة في محظور.

أما حينما تصح المعامـلات باستيفائها للشروط الفقهـية، وتكون سبيلاً إلى تملك العين وثمنها في المبيـعات وسيرًا إلى استـحقاق الأجرة والمنفعـة في الإجارات تصبح محلا للتوثيق وتنبني عليه آثاره.

القدر الذي يتعلق به التوثيق:

اختلف العلماء في القدر الذي يتعلق به التوثيق على النحو التالي:

١ ـ **ذهب فريق منهم ابن قدامـة حيث يقول:** (ويختص ذلك ـ أي: التوثيق ـ بما له خطر، فأما الأشياء القليلة الخطر كحوائج البقال والعطار وشبهها فلا يستحبُّ فيها؛ لأن العقـود فيها تكثـر فيشق الإشهـاد عليه، وتقبح إقـامة البينة عليهـا والترافع إلى الحاكم بخلاف الكثير).

ووجاهـة هذا الرأي واضحـة ظاهرة جدا في زمـاننا هذا من حيث ضـيق وقت الناس وعدم تعـارفهم وكثـرة المشتريات والمبـيعات، ولأن التجـارة مبنية على سـرعة الإنجاز والانشـغال بالتـوثيق في كل شيء قد لا يسـمح بإدارتها على الوجـه الأكمل والمطلوب ، ولذلك خفف الله تعالى عن الناس باستثنائه التجارة الحاضرة.

٢- **وذهب فـريق إلى وجوب الإشـهـاد في كل شيء**، قـال ابن جريج: سـئل عطاء: أيشهد الرجل على أن بايع بنصف درهم؟ قـال: نعم،وهو تأويله قوله تعالى: ﴿**وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعتمْ**﴾ [البقرة: ٢٨٢].

٣ ـ **وذهب فـريق إلى الندب في القليل والكثـير**، وهو رأي الجمـهور الذي بيناه سابقًا، والواقع أن للعرف بين الناس- حسبمـا تقتضي عوائدهم وأحوالهم- أثرًا كبيرًا في تحديد القدر الذي يتعلق به التوثـيق الواجب والمندوب والمباح، ومما نراه أن خمسة

وعشرة ريالات قد تعتبر دينًا تافـهًا عند الناس، وبعضهم يراه خطيرًا بحسب أحوالهم ونفسياتهم ومـاديتهم. . . وقد احتكمنا إلى العرف من قبل في تقـدير المهر والنفقات وقيم المتلفات وبه نهتدي في تقدير ما يـجب وما يباح وما يندب إليه في التوثيق، وقد أقرت الشريعة العمل بالعرف الصحيح كأصـل من أصولها تيسيرًا على الناس وإفساحًا لهم في مجال الحياة، فرجوعنا إليه وتحكيمه يعتبر عملاً بأصل مشروع.

ومع هذا فإني أري أن الورع والتـقوى وتعظيم قـول الله تعالى: ﴿**وَلَا تَسْأَمُوا أَن تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ**﴾ [البقـرة: ٢٨٢] يقتـضي كتـابة كل دَيْنٍ صغـيرًا أو كبيرًا. . . ولعل تقديم ذكر ﴿**صغيرًا**﴾ في الآية يؤكد هذا الذي ذهبنا إليه.

أسس التوثيق:

ولما كان علم التـوثيق على هذه الدرجة من الأهمية، فـإننا سنبرز بعض الأسس الفقهية واللغوية والقانونية للتوثيق، فنقول مستعينين بالله مسترشدين بهديه.

١ ـ الأسس الفقهية:

ونميز فيها بين ثلاثة من أنواع الفقه التي يستند إليها علم التوثيق وهي:

أ ـ إتقان فقه الوثيقة .

ب ـ فقه الفرائض والحساب.

ج ـ فقه الأقضية والأحكام.

أ ـ فقه الوثائق أو الصنعة التوثيقية:

أول ما ينبغي الإشارة إليه في هذا المقام هو الضلوع في علم التوثيق نفسه، وإتقان علم الشروط ـ كما كان يسمى؛ ولهذا كان القاضي محمد بن يحيى بن بكر الأشعري يقول: «من لم يتمرن في عقد الشروط، ولا أخذ نفـسه بالتفقه في كتب التوثيق، فلا ينبغي له أن يكون قاضيا وإن كان قويا فائقا في سائر العلوم . . ».

وقد سبقه الإمام مالك حينما نبه إلى أهمية علم الفرائض والتمكن فيه قائلاً: «لا

يكتب الوثيقة بين الناس إلا عــارفًا بها، . عدلا في نفسه مأمونــا عليه؛ لقوله تعالى: ﴿ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ﴾.

وقد ذكر الغرناطي في «وثائقه» أن من ضوابط فقه الوثيقة هو أن يكون من وثقها عالمًا بفقه الوثيقة ضالعًا في أحكامها .

وزاد غيره: أن يكون عــالمًا بالترسيل؛ لأنها صناعة إنشاء، ولأنه ـ كـما جاء في «شرح البناني» في التوثيق ـ قد يرد عليه ما لم يسبق بمثاله ولا حدا على مقاله.

وفي عصــرنا الحاضر اســتجدت عــقود وتصرفــات مما يستلزم مــسايرة التطورات الجديدة على مستوى المعاملات المالية والاقتصادية والتجارية، ومواكبة ما يجد فيها من تغييرات على مــستوى المضمون والمحتوى، مع مــراعاة خصوصية الوثيقــة في جانبها الشكلي والتعبيري .

ب ـ علما الفرائض والحساب:

سبقت الإشارة إلى أن علم الفرائض من العلوم التي تتوقف عليها صياغة الوثيقة وكتابتها وتحريرها.

أما الحساب: فإنه لازم لعلم المواريث خصوصًا في باب قــسم التركات وتصحيح الفــرائض بعــد حصــر عــدد ورثة الهالك وإحــصــاء ممتلكاته وإعطاء ذوي الفــروض وأصحاب التعصيب ما يستحقونه من تركة مورثهم.

ومن باب الطرائف التي تنم عن جهل بعض الموثقين بأحكام الفرائض ومبادئه ما ذكره ابن كوثر أن «رجلاً كان يوثق وثيقة تتعلق بالإراثة فقال: «وأحاط بميراثه في علم البينة أبواه وأخواه، فلم يعرف الحــاجب من المحجوب»، ومن المعلوم في علم الميراث أن الأب يحجب الإخوة، ولذا لا ينبغي أن يجتمع معهم في وثيقة الإراثة.

وفي باب الحساب كتب آخرُ كتابةً عقدها «كاتب فلان عبده فلانا بتسعين مثقالا نجمهــا على ستة أنجم معتــدلة يؤدي إليه عند اقتضــاء كل نجم ثلاثة عشر مثقــالاً غير

ثلث» فليت شعري كيف يكون سدس التسعين ثلاثة عشر غير ثلث...؟

وبالجملة فإن صياغة الوثيقة العدلية تتوقف على علمي الفرائض والحساب خصوصًا في باب تصحيح الفريضة ، وقسمة التركة وتوحيد المقامات وإزالة الانكسار وتقويم الممتلكات وإحصائها.

ج ـ الأقضية والأحكام:

ارتبط علم التوثيق بعلم الفقه والأقضية أيما ارتباط، وتعلق بهما أيما تعلق، وما الوثائق إلا ثمرة الفقه ، ويلاحظ هذا في تراجم فقهاء المذهب المالكي الذين نبغوا في هذا العلم، فهم فقهاء أجلاء، وقضاة فضلاء، حملوا لواء هذا العلم وقادوا مسيرته، وواصلوا منذ أن ظهر في الأندلس في القرن الثالث الهجري وربما قبله، ولعل تطور هذا الفن لدى المالكية في الأندلس والمغرب في القرون اللاحقة نابع من التطورات السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي عرفتها هذه البلاد منذ وقت مبكر، مما أسهم في إذكاء هذا الفن وبروزه إلى ميدان المعاملات بشكل جلي، وظهرت أشكال جديدة من الوثائق والعقود والرسوم لم تكن معروفة لدى الموثقين الأوائل، مما عزز الوثيقة العدلية، وجعلها حجة يستنير بها القاضي والحاكم في مجال التوثيق والإثبات.

ولبعض الأدباء مثنيا على علم التوثيق:

حمدت لكتاب الوثيقة صنعتي   وليس بكتاب الوثيقة ما يذم
لأقلامهم طول الزمان تصرف   مع البيع والتزويج والقرض والسلم
فلله كتاب الوثيقة إنهم   بأرزاقهم في كل يوم جرى القلم

ومما يؤكد ارتباط علم التوثيق بالفقه هو اختلاف الفقهاء حول الأمر الوارد في كتابة وتوثيق عقود الأسرة وعقود المعاملات والبيوعات في آية المداينة التي أشرنا إليهما سابقًا ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ**﴾ [البقرة: ٢٨٢] هل هو على الندب والاستحباب أم هو على الفرض والوجوب؟

فجـمهور علمـاء الشريعة ـ ومنهم فـقهاء المذهب المالكي ـ ذهبـوا إلى أن الأمر الوارد في الآية أمر ندب واستحباب، وليس أمر حتم ووجوب.

وذهب فقـهاء آخرون إلى أن قـوله تعالى : ﴿فَاكْتُبُوهُ﴾ أمر دال على الفرض والوجوب مما يستـتبع ضرورة وجوب توثيق كل العقـود والمعاملات والمداينات، وممن قال بهذا الرأي: الإمام الضحاك، وابن جريج، والطبري، وآخرون.

وقد أخـذت - مدونة الأسرة - برأى غيـر الجمهـور ونصت على وجوب توثيق عقد الزواج حفظًا للحقوق من الجحود والضياع .

٢ ـ الأسس اللغوية:

يشـترط الموثقـون ـ لكي تكون الوثيقـة صحـيحـة ـ أن تصاغ بلـغة صـحيـحة وواضحة، لكن ذلك يتوقف عندهم على سلامة العبارة التي تكتب بها الوثيقة من أي إبهام أو غموض أو احتمال.

ولذلك يقول علماء الأصـول: الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال القوي المعـتبر بطل به الاسـتدلال، أي: إذا تردد الدليل بين الإمكـان وعدمـه، بطل به الاستـدلال على الإمكان أو على الإبطال كما أن لفظ التشـارك قد يثير الارتباك بالنسبة للمـتعاقدين أو أمام القضاء عندما يثور النزاع حول موضوع الوثيقة.

وهذا الاحتراز عند الموثقين يفسره كذلك اهتمامهم بشرح ألفاظ الوثيقة وعباراتها وما يتـخللها من ضمائر ومـرجعها ، ويشـددون على ضرورة الابتعاد عن الـعبارات العامة ، وتفادي الإجمـال والاحتمال والاشتراك والاختلاف عند الفـقهاء، وبهذا كله يتحقق الغرض المقصود من الوثيقة من الاحتياط والتوثق.

وهذا الضـبط اللغـوي يسـتلزم من الموثق أن يكون عـالمًا بفـقـه الوثائق، عـالمًا بنصوصها، بارعًا في الإنشاء؛ لأنه يحتاج إلى ذلك، وأن يكون سالمًا من اللحن الذي يغير المعنى: لأن صناعة الوثيقة ـ كما قال ابن فرحون المالكي في «تبصرته» ـ «صناعة جليلة شريفة، وبضاعة عالية منيفـة، تحتوي ضبط أمور الناس على القوانين الشرعية،

وحفظ دماء المسلمين وأموالهم ، والاطلاع على أسرارهم وأحوالهم، ومجالسة الملوك، والاطلاع على أمورهم وعيالهم، وبغير هذه الصناعة لا ينال أحد ذلك، ولا يسلك هذه المسالك».

ونستنتج بعد هذا أن الجانب اللغوي من الجوانب الأساسية التي يقوم عليها علم التوثيق ، وقد ذكر ابن جزي ـ وهو من المالكية ـ في «القوانين الفقهية» أن معرفة اللغة العربية من الشروط العشر الواجبة في مجال التوثيق.

ويعتبر الجهل باللغة العربية من الأخطاء التي يقع فيها كثير من الموثقين، فهذا لسان الدين ابن الخطيب يحكي في المسألة ما يلي: «ومواضع الغلط لقلة المران فيه سبعة: خمسة من جهة اللسان واثنان من جهة الفقه».

وفي هذا السياق يقول: «فكثيراً ما يكون جبان القلم غير مطوع العبارة، ولا مستحضراً ما تحتاج إليه الوثيقة من الفقه، وإن كان عالمًا به بالإجمال».

٣ ـ الأسس القانونية:

ارتأينا أن نعرج على الأسس القانونية ـ ونحن نتحدث عن التوثيق في المذهب المالكي ـ نظراً لعلاقة «مدونة الأسرة» بالمذهب كما أن قانون الالتزامات والعقود المغربي المترجم من القانون الفرنسي يعود في أصوله إلى «مدونة سحنون الكبرى» التي أملاها عليه ابن القاسم تلميذ الإمام مالك.

وهكذا يشترط في العدل ألاّ يقتصر في معلوماته على المسائل المرتبطة بالزواج والطلاق والمواريث بل إنه مطالب بأن يكون ملما بأحكام قانون الالتزامات والعقود، وقانون التحفيظ العقاري، ومدونة التجارة، وقانون الشركات، إن هو أراد أن يدخل إلى المنافسة، ولذلك سنبدأ بأسس التوثيق في القانون المدني والعقاري، ثم الأسس المتعلقة بالأحوال الشخصية أو الأسرة.

أ ـ قانون الالتزامات والعقود:

يشكل مجال الإثبات أهم مظهر من مظاهر ارتباط التوثيق بالتشريع والقضاء

والشهادات ، وقد تكلم الفقهاء الأقدمون على قبول الإثبات بالشهود غير العدول إذا كان عددهم كثيراً يبلغ حد التواتر بحيث يستحيل تواطؤهم على الكذب، ويحصل بخبرهم العلم القطعي، ويخبرون عن محسوس لا عن معقول، وتكلموا على إثبات اللوث في القسامة بلفيف الشهداء اثنى عشر فأكثر بدون اشتراط العدالة إلا ستر الحال، وتكلموا على الإثبات بشهادة الصبيان فيما يحصل بهم بشروط متعددة ، وعلى الإثبات بشهادة النساء فيما يقع بينهن من ضرب وجراح في المآتم والأعراس والحمام .

وعلى المستوى القانوني فإن المشرع المغربي في قانون الالتزامات والعقود لم يعرف الإثبات، واكتفى بذكر أحكام عامة في القسم السابع الخاص بإثبات الالتزامات وإثبات البراءة منها.

ومن الأحكام العامة التي أوردها المشرع المغربي في الباب المذكور (أن إثبات الالتزام على مدعيه) الفصل ٣٩٩ ق ل ع.

أما الفصل ٤٠٠ ق ل ع فقد نص على ما يلي: «إذا أثبت المدعي وجود الالتزام كان على من يدعي انقضاء أو عدم نفاذه تجاهه أن يثبت ادعاءه».

واعتبر المشرع الحجة الكتابية وشهادة الشهود ضمن وسائل الإثبات التي يقررها القانون (الفصل ٤٠٤ ق ل ع).

أما الوثيقة العدلية التي يحررها العدول ـ وهم ممن لهم صلاحية التوثيق ـ فإنها لا تكون رسمية إلا إذا خاطب عليها قضاة التوثيق في المحاكم (راجع الفصل ٤١٧) من ق ل ع.

وقد احتفظ المشرع المغربي للوثيقة العدلية بقيمتها وأهميتها، واعتبر أن المحررات المتضمنة لالتزامات أشخاص أميين لا تكون لها قيمة إلا إذا تلقاها موثقون أو موظفون عموميون مأذون لهم بذلك (الفصل ٤٢٧).

نستخلص مما سبق أن الوثيقة العدلية تحظى بمكانة فائقة في علم الإثبات أمام

القضاء، وأنها من الطرق التي حددها القانون للاستدلال على وجود واقعة قانونية.

ب ـ قانون التحفيظ العقاري:

يفرض القانون على العدول أن يكونوا ملمين بالقوانين والأحكام المتعلقة بالعقار سواء منه العقار المحفظ أو العقار الغير المحفظ.

والذي يستمد أسسه من الفقه المالكي، وأن يعمل على تطبيق مقتضيات هذا القانون حينما يقدم على إبرام تصرف مرتبط بهذا القانون تفاديا للوقوع في خطأ، وحرصًا على أن يكون التصرف المبرم تصرفًا صحيحًا مستوفيًا لجميع شروطه ولا تشوبه أي شائبة أو نقص؛ إذ إن العقد المشوب بعيب من العيوب سواء كانت شكلية أو موضوعية ستعرض هذا التصرف للبطلان.

وسيكون محرر العقد هو السبب في هذا الخلل، الشيء الذي سيعرض الأطراف إلى نزاعات لا حد لها وكان بالإمكان تلافيها لو تم إحكام تحرير العقد وتوثيقه.

ويعتبر تحرير وإبرام التصرفات العقارية عن طريق العقود العرفية تحديا كبيرًا أمام التوثيق العدلي، وهذا راجع إلى الانخفاض في التكاليف التي يتطلبها إنجاز هذه العقود من جهة وإلى إجراءتها البسيطة من جهة أخرى.

ولذلك لا نستغرب عندما نجد معظم القضايا العقارية المطروحة أمام المحاكم يرجع السبب فيها إلى العقود العرفية، ولذلك نرى المشرع فرض رسمية العقود المتعلقة بالمعاملات العقارية، وهذا ما نستفيده من منطوق المادة ٣٥ و ٦١ من القانون ٠٩ / ٢٥ المتعلق بالتجزئات العقارية وتقسيم العقارات، إذا تم التنصيص هناك على العدول والموثقين دون غيرهم.

ويتحتم على العدول الموثقين أن يمتنعوا عن إبرام أي تصرف يتعلق بعمليات البيع أو الإيجار أو القسمة في التجزئات العقارية وكذا عمليات تقسيم العقارات ما لم تحترم الإجراءات والمساطر المنصوص عليها في القانون المذكور (القانون ٠٩ / ٢٥، ٢٦) .

ج ـ مدونة الأسرة:

تضمنت بنود مدونة الأسرة بعد تعديلاتها الأخيرة أحكامًا مرتبطة بعلم التوثيق، ولعل تنصيصها على وجوب توثيق أهم عقود الأسرة كعقد الزواج والطلاق والرجعة خير دليل على ذلك، وأشارت إلى التوثيق العدلي في أكثر من ثلاثين موضعًا مع تشبثها بقاعدة الإحالة على الفقه المالكي في كل ما لم تنص عليه، مما يتيح الفرصة لإشهاد العدول وحدهم على كثير من القضايا التي سكتت عنها المدونة.

ونلمس بوضوح هذا التلازم القوي والارتباط العضوي بين التوثيق العدلي ومدونة الأسرة من خلال المرجعية التي يستمد كل منهما أسسها، وهي مرجعية الشريعة الإسلامية وأحكام الفقه المالكي واجتهادات الفقهاء.

ويختص العدول بتلقي عدد كثير من العقود المتعلقة بقضايا الأسرة والمواريث من ذلك مثلاً: الشهادة على عقود الزواج بواسطة الشهادات الأصلية بما في ذلك الإشهاد على توكيل الزوجة لوليها أن يعقد عليها، وتصحيح عقود الزواج التي تبرم بالخارج بين المغاربة، أو بين طرف مغربي وآخر أجنبي عن طريق ما يسمى بالرسوم المدنية أو عن طريق رسوم بعض المراكز الإسلامية بواسطة شهادة اللفيف العدلي، أو الشهادة العلمية، أو المقاررة بين زوجين في حالة حضور الزوجين معًا لدى العدلي.

كما يختص العدول بتحرير الشهادات المتعلقة بالطلاق بجميع أنواعه، وثبوت الزوجية، والشهادة على اعتناق الإسلام، ومراقبة ثبوت الأهلة، وعقد الإراثة وإحصاء التركات، وشهادات أخرى تتعلق بشؤون القاصرين، وغير ذلك من الرسوم المتعلقة بقضايا الأسرة والتي يختص فيها العدول دون غيرهم من الموثقين، وتشكل مادة الأسرة بذلك إحدى الأسس القانونية الهامة في بناء الوثيقة العدلية وتحريها.

ولم نحط بجميع الأسس القانونية التي يستند إليها علم التوثيق فهناك قوانين أخرى تتعلق بالتسجيل ومدونة تحصيل الضرائب العمومية ومدونة التجارة وقانون الشركات وغيرها من الظهائر والمناشير الوزارية المتممة والمكملة أحيانًا ، وهي عبارة

عن نصوص تنظمـية تشكل بدورها الأرضـية الأساسيـة للموثقين العـدول. انتهى من «الأصول الفقهية والقانونية للتوثيق».

* * *

كتب الوثائق والشروط

١ ـ من أول من ألف في الشروط في المذهب المالكي محمد بن عبد الله بن عبد الحكم المصري (ت ٢٦٨هـ)، ألف كتاب «الوثائق والشروط».

٢ ـ ثم ألف من الأندلس محمد بن سعيد بن الملون أبو عبد الله الموثق كتابًا وصفه عياض بأنه «تأليف حسن مشهور» قال ابن حارث: «له كتاب في الوثائق مستحسن»، ووصف صاحبها بأنه «كان عالمًا بالوثائق، من أبصر الناس بها».

٣ ـ كما ألف زميله يحيى بن أيوب بن خيار الجياني كتابًا فيها.

٤ ـ ولعالم المذهب الكبير فضل بن سلمة الجهني (ت ٣١٩ هـ) جزء في الوثائق حسن.

٥ ـ وألف أحمد بن زياد (ت ٣١٩ هـ) كتابًا في الوثائق «عشرة أجزاء».

٦ ـ وألف المصري أبو إسحاق بن شعبان القرطي (ت ٣٥٥هـ) «كتاب الأشراط».

٧ ـ وألف البرجون محمد بن يحيى بن لبابة (ت ٣٣٠هـ) «كتاب الوثائق».

٨ ـ وألف ابن مالك أبو سعيد فرج بن سلمة بن زهير (ت ٣٤٥هـ) كتابًا في الوثائق ، وصفه عياض بأنه «حسن».

٩ ـ وألف محمد بن حارث الخشني «كتاب المحاضر».

١٠ ـ وألف أحمد بن محمد بن زياد الفارسي كتابًا في الوثائق قال أبو العرب: «كان عالمًا بالوثائق وضع فيها عشرة أجزاء، أجاد فيها».

١١ ـ وألف في الوثائق أيضا أبو الحسن بن الخصيب علي بن أحمد المعروف بابن زكرون (ت ٣٧٠هـ).

١٢ ـ وألف أبو الحسن وأبو عبد الله بن الحصار وأبو عبد الله محمد بن عبد

العزيز الشهير بأشتطيل (ت ٣٧٢ هـ) «كتاب الوثائق» وكـان علمًا مبرزًا فيها وكان من أبصر أهل زمانه بالوثائق، وله فيها تأليف حسن.

١٣ ـ وألف موسى بن أحـمد الوتد (ت ٣٧٧هـ) «كـتاب الشروط» وصـفه ابن فرحون بأنه « تأليف حسن» .

١٤ ـ وقد ألفت في أواخر القرن الرابع الوثائق ثلاثة كتب عدت قمة ما ألف في هذا الفن، وقد توفي أصحـابها الثلاثة في عام واحـد (٣٩٩هـ) وهي: «كتاب الوثائق لأبي عبـد الله محمـد بن أحمد بن العطار ألفـه هدية لولي عهد المؤيد؛ لعـفوه عنه وإقالته إياه من نكبته، قال عيـاض: «كان واحدًا في علم الشروط ولا نظير له يعترف له بذلك أهل الأندلس طرا، وله فيهـا كتاب مفيد جـامع محتو على علم كثـير وفقه جم، وعليه اعتـماد المفتين وأهل الشروط بالمغـرب والأندلس، وقد اختصره جـماعة منهم واعتنى به القنازعي وابن ذهل وابن عبد الواحد مع ما انضاف إليه».

ولم ينج هذا الكتاب من نقد ابن الفخار محمد بن عمر الحافظ (ت ٤١٩هـ)؛ إذ ألف كتابًا في الرد على ابن العطار في وثائقه.

ـ وكان هذا الرد محل تعـقيب من طرف أبي القاسم بن ورد التميـمي في تأليفه «كتاب بالعدل والقول الفصل لأبي العطار من أبي عبد الله بن الفخار».

ـ والثاني مصنف لابن أبي زمنين، يسمى «المشتمل في الوثائق» ، أو «أصول الوثائق».

قال الحميدي: «وله كتاب في الشروط على مذهب مالك ».

والثالث كـتاب لابن الهندي أحمد بن سـعيد الأموي، «ألف كتـابًا في الشروط مفيدًا يحتوي على علم كثير، عليه اعتماد الموثقين والحكام».

ـ وقد اختصره أحمد بن سعيد الأموي الشهير بابن دنيال (ت ٤٣٥هـ)، اختصارًا وصفوه بأنه «مستحسن عند أهل الصنعة».

١٥ ـ وصنف يحيى بن أيوب بن خيـار بن خطاب الزهري الجياني (ت ٤٠٣هـ) كتابًا في الشروط .

١٦ ـ ثم ألف القنازعي (ت ٤١٣هـ) كتابًا في «الشروط على مذهب مالك».

١٧ ـ وألف أحمد بن عبد القادر بن سعيد الأموي (ت بعد ٤٢٠هـ) كتاب «في الوثائق وعللها، سماه «المحتوى» في خمسة عشر جزءًا».

١٨ ـ وألف الباجي أبو عبد الله محمد بن أحمد اللخمي (ت ٤٣٣هـ)، كتابًا في الوثائق وُصِفَ بأنه حسن.

قال في الصلة: «كان أجل الفقهاء عندنا دراية ورواية، بصيرًا بالعقود، متقدمًا في علم الوثائق وعللها، وألف فيها كتابًا حسنًا».

١٩ ـ وبعد هؤلاء صنف ابن عفيف كتابًا في الشروط اعتبروه «تأليفًا حسنًا».

٢٠ ـ وألف ابن مغيث أحمد بن محمد أبو جعفر الصدفي (ت ٤٥٩هـ) كتاب «المقنع» في الوثائق.

٢١ ـ وألف ابن سرحان المرسي المعروف بابن سيد (ت ٤٥٠هـ) كتابًا في الوثائق وآخر في فقهها، سماه «المفيد».

قال ابن بشكوال : «قد عول عليه الناس».

ـ وقد وضع عليها شرحًا «وله فيها كتاب حسن في شرحه».

٢٢ ـ وقد جمع المصنفات الأمهات في هذا الفن أبو محمد بن عبد الله بن فتوح البنتي (ت ٤٦٠هـ) .

قال عياض: «وألف «الوثائق المجموعة»، وهو تأليف مشهور مفيد جمع فيها أمهات كتب الوثائق وهو مستعمل» .

*وألف ابن عات هارون بن أحمد بن جعفر النفزي أبو محمد (ت ٥٨٢هـ) حواشي عليها، «علقها أبو بكر بن مفوز من كتاب أبي محمد هارون من الوثائق ، وجعلها تأليفًا من غير أن ينسب إلى أحد ، وسماه بعض من أخذ عنه كتاب «بلوغ الأمنية ومنتهى الغاية القصية في شرح ما أشكل من مسائل الوثائق البونتية»، وجزأه على سفرين».

٢٣ ـ وألف عيسى بن سهل الأسدي أبو الأصبغ القرطبي (ت ٤٨٦هـ)، كتاب «الإعلام بنوازل الأحكام». (كان من جلة الفقهاء... عارفًا بالنوازل بصيرًا بالأحكام مقدمًا في معرفتها، وجمع فيها كتابًا حسنًا مفيدًا يعول الحكام عليه...».

٢٤ ـ وألف محمد بن فرج أبو عبد الله الأموي مولى ابن الطلاع (ت ٤٩٧هـ) كتابًا في الشروط، جاء عند رضا كحالة «كتاب في الوثائق والأقضية»، قال ابن عطية: «كان من أهل الفضل والصلاح مع التقدم في حفظ الرأي والمعرفة بالفتيا والوثائق، وله كتاب حسن في الوثائق، وهي مختصرة كما عند ابن خير.

٢٥ ـ وألف عبد الصمد بن موسى البكري القرطبي (ت ٤٩٠هـ) «مختصرًا في الشروط والأحكام».

٢٦ ـ وألف محمد بن أحمد بن مسعود أبو عبد الله (ت ٥٠١هـ) كتابًا في الوثائق لم يكمله، قال ابن بشكوال: «وكان قد شرع في تأليف للوثائق لم يكمله».

٢٧ ـ وألف سليمان بن خلف أبو القاسم (ت ٥٠٥هـ) كتاب الشروط، قال ابن بشكوال: «له كتاب في الشروط، أنا عنه ابنه أبو بكر محمد بن خلف، وزياد بن محمد».

قال عياض: «له كتاب في علم الوثائق فيه غرائب من العلم».

٢٨ ـ وألف يحيى بن عمرو الجذامي أبو بكر المرجوني (ت ٥٢١هـ) «كتاب الشروط»، قال فيه ابن بشكوال: «كان حافظًا للفقه عارفًا بعقد الشروط وعللها، مقدمًا في معرفتها وإتقانها، وله كتاب مختصر فيها».

٢٩ ـ وألف محمد بن قاسم بن أبي جمرة أبو عبد الله كتابًا «جمع في الوثائق كتابًا أخذه الناس عنه واستحسنوه».

٣٠ ـ ومن المصنفات في الوثائق التي فصلت الوثائق عن الأحكام كتاب لأحمد ابن سيد أبيه الزهري البطليوسي (ت بعد ٥٦٧هـ) «وصنف في الوثائق مصنفًا نافعًا

مجردًا عن الفقه ، وهو مشهور متداول بين الناس استجادة له».

٣١ ـ وألف يحيى بن عمرو بن بقا الجذامي المرجوني (ت ٥٦١هـ) «كتابًا مختصرًا في عقد الشروط وعللها» .

٣٢ ـ وألف عصريه علي بن عبد الله بن إبراهيم المتيطي (ت ٥٧٠هـ)، كتاب «النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام»، «اعتمده المفتون والحكام واختصره أعلام منهم ابن هارون».

ـ وألف كتابًا آخر في السجلات والعقود، قال في مقدمته: «لما أكملنا بتوفيق الله وحسن عونه كتابنا المسمى بكتاب «النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام». . ذهبنا إلى أن نلحق به بعض ما كنا عقدناه من السجلات على ألسنة الحكام والقضاة الذين كانوا ببلدنا، مما كانوا يقصرونه علينا ويرفعونه إلينا. . ».

٣٣ ـ ولأبي إسحاق إبراهيم بن الحاج الأنصاري الغرناطي (ت ٥٧٩هـ) كتاب في الشروط ، وُصِفَ بأنه «مختصر مفيد».

٣٤ ـ وألف علي بن يحيى بن القاسم الصنهاجي الجزيري الصنهاجي (ت ٥٨٥) تلخيص العقود المعروفة بـ«وثائق الجزيري»، قال ابن الزبير : «ماهر في صناعة التوثيق، ألف كتابًا في الوثائق ، فأجاد فيه، وله غير ذلك».

قال في شجرة النور: «وله في الشروط مختصر مفيد جدا سماه « المقصد المحمود في تلخيص العقود»، كثر استعمال الناس له ، فجودته تدل على معرفته ».

٣٥ ـ وألف علي بن أحمد أبو الحسن الغساني (ت ٦٠٩هـ) كتابًا في الوثائق، قال ابن الزبير : «كان عارفًا بالوثيقة نقادًا لها، قاصدًا لمعانيها، مستعينًا على ذلك بأدبه وكتابته، وألف في الوثائق المستعملة عند أهل عصره تأليفًا لم يتمه».

* * *

ترجمة الفشتالي

ترجمة الفشتالي

اسمه ونسبه وكنيته:

هو: محمد بن محمد بن أحمد بن عبد الملك، أبو عبد الله الفشتالي، نسبة إلى «فشتالة»، قبيلة بالشمال الغربي لفاس من صنهاجة.

شيوخه:

- أبو الحسن بن سليمان.
- القاضي ابن عبد الرزاق.
- السطي.
- ابن آجروم.
- أبو عبد الله الرندي .
- الطنجالي.
- أبو جعفر الزيات.
- عبد المهيمن الحضرمي.
- ابن جابر الوادي آشي.

تلاميذه:

- أبو زكريا السَّراج.
- ابن الخطيب القسنطيني.
- والقباب، ومن لا يعد كثرة.

ثناء العلماء عليه:

قال مخلوف: قاضي الجماعة بفاس . . . الإمام الفقيه، المحقق، المتفنن ، الخطيب، الفرضي، الموثق .

وقال أحمد بابا: كان من كبار الفقهاء ، له حظ وافر من الرواية والأدب والشعر والفتوى والكتابة وقد تردد للأندلس سفيرًا ، فذاع فضله ، وعُلِمَ قدره .

أما لسان الدين ابن الخطيب فأطال النَّفس في وصفه، فقال:

محمد بن أحمد بن عبد الملك الفشتالي قاضي الجماعة ببيضَة الإسلام فاس، يكنى أبا عبد الله.

حاله:

هذا الرجل له أبُوَّة صالحة، وأصالة زاكية، قديم الطلب، ظاهر التخصص ، مفرط في الوقار ،نابه البزة والركبة، كثير التُّهمة، يُوهم به الفارّ ، وصدرُ الصُّور في الوثيقة والأدب، فاضل النفس، ممحُوض النصح، جميل العشرة لإخوانه، مُجري الصَّداقة نُصحًا ، ومشاركة، وتنفيقًا، على سجية الأشراف وسنُن الحُسباء ، مديدُ الباع في فن الأدب،شاعر مجيد، كاتب بليغ، عارف بالتحسين والتقبيح، منْ أدركه أدرك علمًا من أعلام المشيخة، قدَّمه السلطان الكبير العالم أبو عنان فارس، قاضيًا بحضرته،واختصَّه ، واشتمل عليه، فاتصل بعده سعدُه، وعُرف حقه، وتردد إلى الأندلس في سبيل الرسالة عنه، فذاع فضله ، وعُلم قدره، ولما كان الإزعاج من الأندلس نحو النَّبوَة التي أصابت الدولة ، بَلَوْتُ من فضله ونصحه وتأنيسه، ما أكد الغبطة ، وأوجب الثناء، وخاطبته بما نصه:

من ذا يَعُدُّ فضائل الفِشْتالي والدهر كاتب آيَها والتَّالي
عَلَمٌ إذا التمسوا الفنون بعلمه مرعي المُشيح ونُجعة المُكتال
نال الذي لا فوقها من رفعة ما أملتها حيلة المحتال

وقضى قياس تراثه عن جدِّه إن المُقدِّم فيه عين التالي

قاضي الجماعة، بماذا أثني على خلالك المُرتضاة، أبقديمك الموُجب لتقديمك، أم بحديثك الداعي لتحمُّل حديثك؟ وكلاهما غاية بَعُدَ مرماها، وتحامى المُتصور حماها، والضالع لا يسام سبقًا، والمُنبت لا أرضًا قطع، ولا ظهرًا أبقى، وما الظن بأصالة تعترف بها الآثار وتشهد، وأبوة صالحة؛ كانت في غير ذات الحق تزهد، وفي نيل الاتصال به تجهد، ومعارف تقرر قواعد الحق وتمهد ، وتهزم الشبه إذا تشهد ، وقد علم الله أن جوارك لم يُبق للدهر على جوار، ولا حث من غصني ورقًا ولا نوارًا، هذا وقد زأر على أسدٍ وحمل ثورًا، فقد أصبحتُ في ظل الدولة التي وقف على سيدي اختيارها ، وأظهر خلوصُ إبريزه معيارها، تحت كنف وعز مؤتنف ، وجوار أبي دلف، وعلى ثقة من الله بحسن خلف ، وما منع من انتساب ما لديه من الفضائل إلا رحلةٍ، لم يبرك بعد حملها ، ولا قر عملها، وأوحال حال بيني وبين مُسور البلد القديم مهلها، ولولا ذلك لاغتبطت الزايد ، واقتنيت الفوايد، والله يطيل بقاه، حتى تتأكد القربة، التي تُنسى بها الغُربة ، وتعظم في الوسيلة، التي لا تُذكر معها الفضيلة ، وأما ما أشار به من تقييد القصيدة التي نفِق سوقها استحسانه، وأنس باستظرافها إحسانه، فقد أعمل وما أمهل ، والقصور باد إذا تأمل، والإغضاء أولى ما أمل ، فإنما هي فكرة، قد أخمدت نارها الأيام، وغيرت آثارها الليام، وقد كان الحق إجلال مطالعة سيدي من خللها ، وتنزيه رجله عن تقبيل مُرتجلها.

لكن أمره ممتثل، وأتى من المجد أمرًا لا مرد له مثَل. والسلام على سيدي من مُعظم قدره ، ومُلتزم بره، ابن الخطيب ، ورحمة الله.

فكتب إلي مراجعًا ، وهو المليء بالإحسان:

وافت يجرُّ الزهو فضلة بُردها حسناء قد أضحَت نسيجة وحدها

لله أي قصيدة أهديت لو يهتدي المُعارض نحو غاية قصدها

لابن الخطيب بها محاسنُ جمةٌ قارعت عنه الخطوب فَفَلَّت من حدها
سِرُّ البلاغة عنه أودع حافظًا قد صانه حتى فشَى من عندها
في غير عقدٍ نفثته بسحرها فلذا أتى سَلِسًا منظم عقدها
لم أدر ما فيها وقمت معاونًا من طرسها أو مُعلمًا من بُردها
حتى دفعت بها لأبعد غاية باعًا نقصُر في البلوغ بحدها
حدان من نظم ونثر إن من يلقاهما منها بذلة عبدها
أولى يدًا بيضاء موليها فما لي مزية أن أقوم بحمدها
ورفضت تكذيب المُنى متشيعًا لعلي مرآها يُصادق وعدها
فبذلتُ شعري رافعًا من برها وهززت عطفي رافلاً من بُردها

خذها أعز الله جنابك ، وأدال للأنس على الوحشة اغترابك ، كغبة الطائر المتجعد، ونهبة الثاير المستوفز، ومقة اللحظ قليلةُ اللفظ، قد جمعت من سوامها وانقاحمها بين نظم قيد، وصلود زند ، ونوعت ، فعلى إقدامها وانحجامها إلى قاصر ومعتد، ولـيتني إذا جادت سحابة ذلك الخاطر الماطر الودْق، وانجاب العاني عن مزنة فكرتي، بتقاضي الجواب، انجياب الطوق، وأيقنت أني قد سُد علي باب القول ارتج، وقلت: هذه السالفة الكلية فسدت لها الداعة من تكلُّم الإمرة ولم أفه إذا أعوزت المرة بالحلوة ، لكني قلتُ: وجد المكثر كجهد المقل، والواجب قد يقلُّ الامتثال فيه بالأقل، فبعثت بها على علاتها، وأبلغتها عذرها، في أن كتبت عن شوقها بلغاتها، وهي لا تعدم من سيدي في إغضاء كريم، وإرضاء سليم. والله عز وجل يصل بالتأنيس الحبل، ويجمع الشمل.

السلام الكريم يخص تلك السيادة ورحمة الله وبركاته، من محمد بن أحمد الفشتالي.

وهو الآن قاض بفاس المذكورة ، محمود السيرة أبقاه، وأمتع به.

انتهى كلام لسان الدين ابن الخطيب.

مؤلفاته:

١ ـ الوثائق، وهي كتابنا هذا.

٢ ـ رسالة في الدعاء بعد الصلاة على الهيئة المعروفة.

٣ ـ وقفت على رسالة اسمها: «القول الثابت في الطب» منسوبة للفشتالي محل الترجمة، وهي من محفوظات معهد المخطوطات بمصر، برقم (٦٤٨) عن الرباط (١٠٦ د)، ولم أتبين صحة نسبة هذا الكتاب للفشتالي؛ إلا أني أميل إلى أنه ليس من تأليفه، والله أعلم.

وفاته:

اختلف في وفاته ـ رحمه الله تعالى ـ فذكر أحمد بابا، ومخلوف أنه توفي سنة (٧٧٩هـ) وذكر ابن القاضي أنه توفي سنة (٧٧٧هـ)، والذي أرجحه وأميل إليه هو القول الأول؛ وهو أنه توفي سنة (٧٧٩ هـ) رحمه الله تعالى رحمة واسعة.

ثناء العلماء على «وثائق الفشتالي»:

قال أحمد بابا التنبكتي: له تأليف في الوثائق مشهور مليح.

وقال مخلوف: تأليف في الوثائق مشهور مفيد.

ما أُلِفَ على وثائق الفشتالي:

«نية المعاصر والتالي على وثائق الفشتالي»، للونشريسي.

«عقود الدرر واللآلئ في ترتيب وثائق الفشتالي، وتطريزها بغنية المعاصر والتالي».

وهذا الكتاب عندي منه ١٧ ـ صفحة فقط، ولا أدري لمن هو، لكنه في معنى الشرح والتتميم لوثائق الفشتالي.

ـ «برنامج على وثائق الفشتالي». لأبي الفضل بلقاسم ابن مرزوق المشهور بعظوم المرادي.

وهذا الكتاب فيه تبويب لمسائل كتاب و«ثائق الفشتالي» وبيان لها، وشرح لما غمض منها، وذلك قصد تقريب هذه المسائل من المطالع، وتسهيل تناولها، ويوجد نصف هذا الكتاب بخزانة الشيخ الشاذلي النيفر انتهى من مقدمة تحقيق كتاب «متطلبات الشهادة» لعظوم.

وصف النسخ الخطية

وصف النسخ الخطية

النسخة الأولى:

عدد اللوحات : ١٢٣ لوحة.

المصدر : مكتبة مؤسسة الملك عبد العزيز بالدار البيضاء.

تحت رقم: ١٩٣ .

اسم الناسخ: علي بن محمد بن سعيد الهلالي.

تاريخ النسخ: يوم الثلاثاء الثالث عشر من المحرم سنة ١١١٥ هـ.

النسخة الثانية:

عدد اللوحات: ١٢٩ لوحة.

المصدر : مكتبة مؤسسة الملك عبد العزيز بالدار البيضاء.

تحت رقم : ٣٢٤ .

اسم الناسخ: لم يذكر .

تاريخ النسخ: لم يذكر.

النسخة الثالثة:

عدد اللوحات : ٢٠٢ لوحة .

المصدر: مكتبة مؤسسة الملك عبد العزيز بالدار البيضاء.

تحت رقم: ٢١ .

اسم الناسخ: عبد الله بن سعيد بن علي بن ناصر.

تاريخ النسخ: ١٠٦٠هـ.

اعتمدت في إخراج هذه الوثائق على هذه النسخ الثلاث، وإلا ففي حوزتي عدد آخر من النسخ ، لكني رأيت أن في هذه الثلاث كفاية لتحقيق المراد.

مصادر الترجمة:

١ ـ نفاضة الجراب (ص/ ١٤٥).

٢ ـ جذوة الاقتباس (١ / ٢٣٤، ٢٣٥).

٣ ـ روضة النسرين (ص/ ٢٩).

٤ ـ نيل الابتهاج (ص/ ٢٦٥).

٥ ـ الإحاطة (٢ / ١٨٧ ـ ١٩١).

٦ ـ درة الحجال (٢ / ٢٧٠).

٧ ـ المرقبة العليا (ص ١٧٠).

٨ ـ شجرة النور الزكية (ص/ ٢٣٥ ، ٢٣٦).

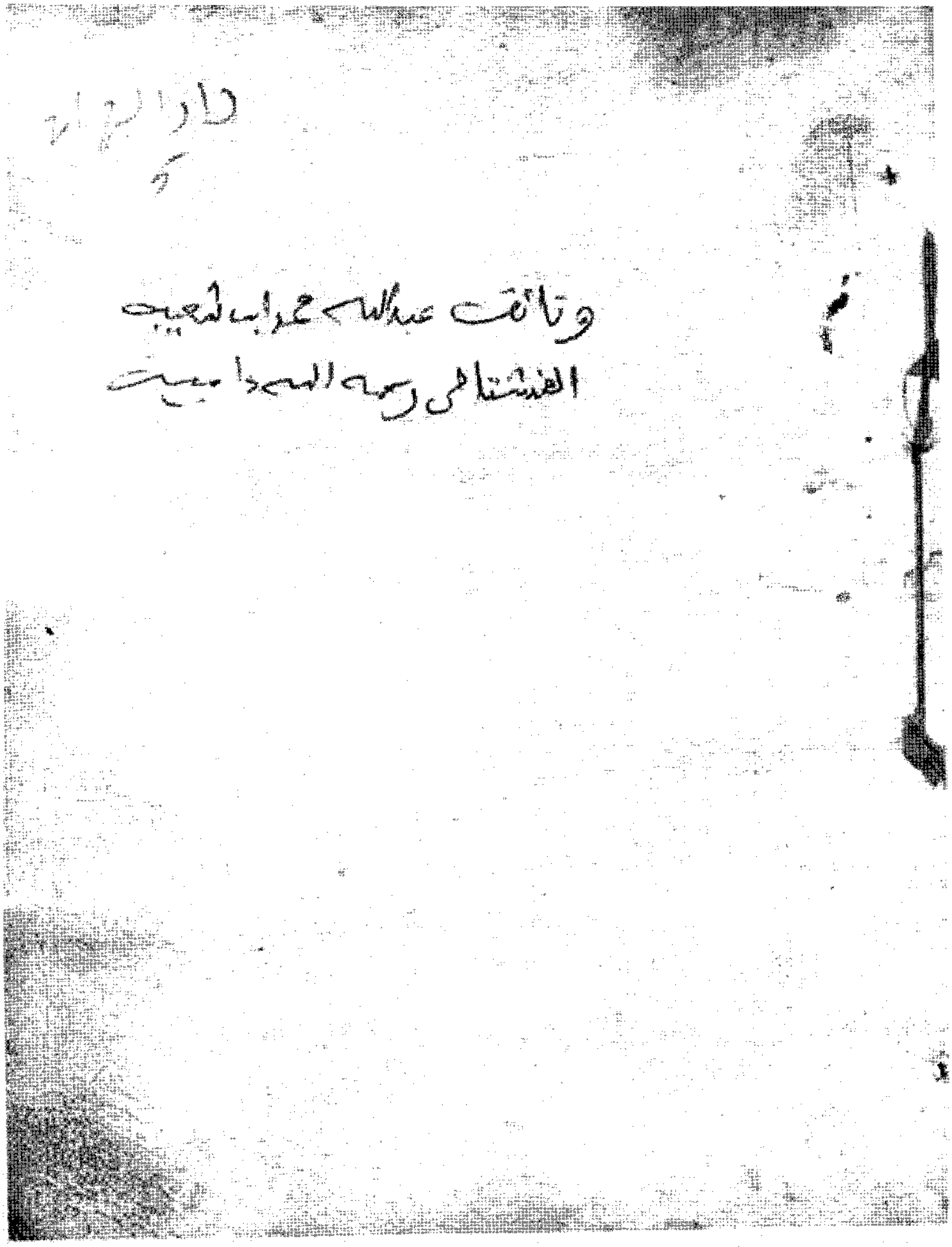
٩ ـ الدرر الكامنة (٣ / ٣٣٠).

١٠ ـ تاريخ قضاة الأندلس (ص/ ١٧٠).

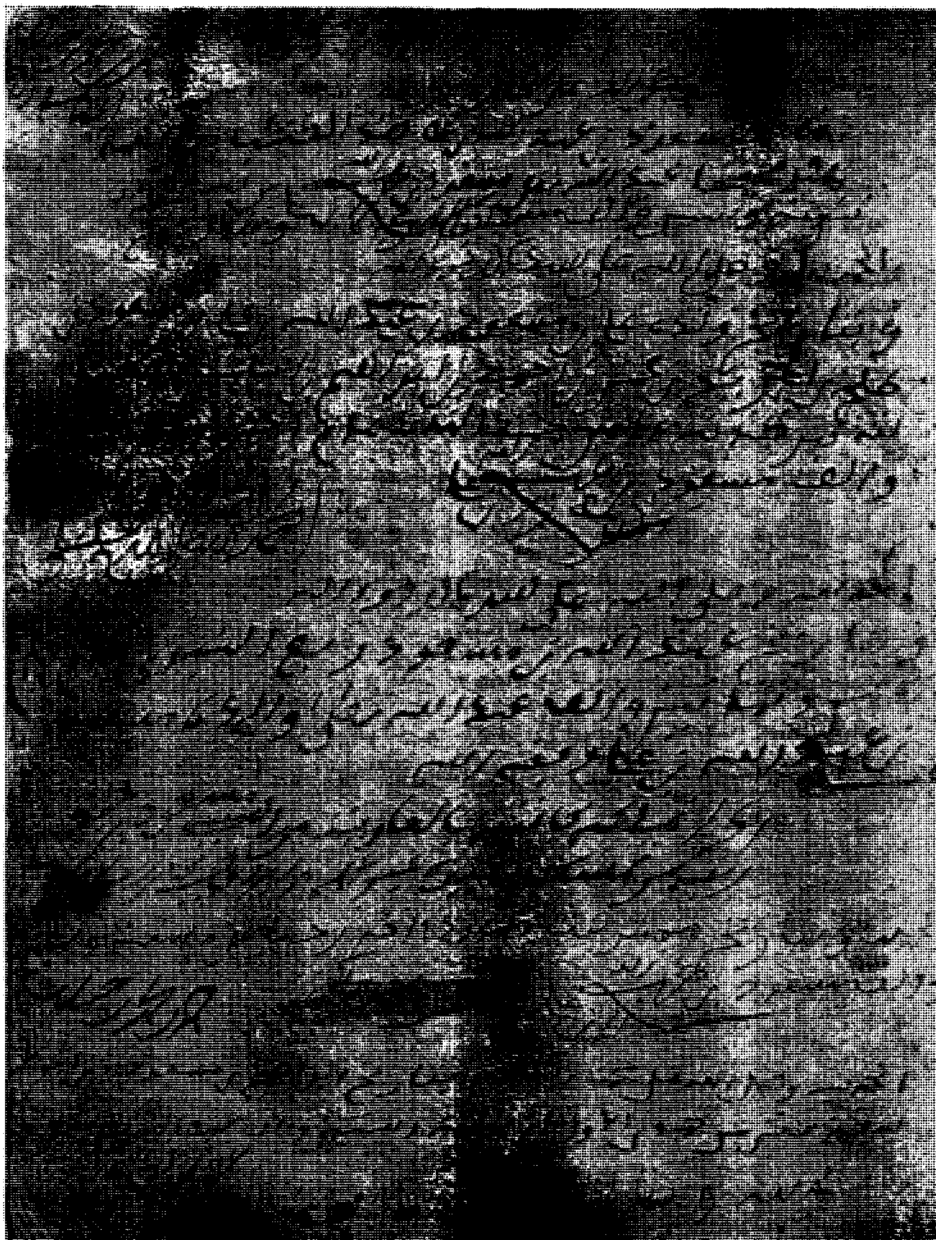
١١ ـ الأعلام (٥ / ٢٦٦).

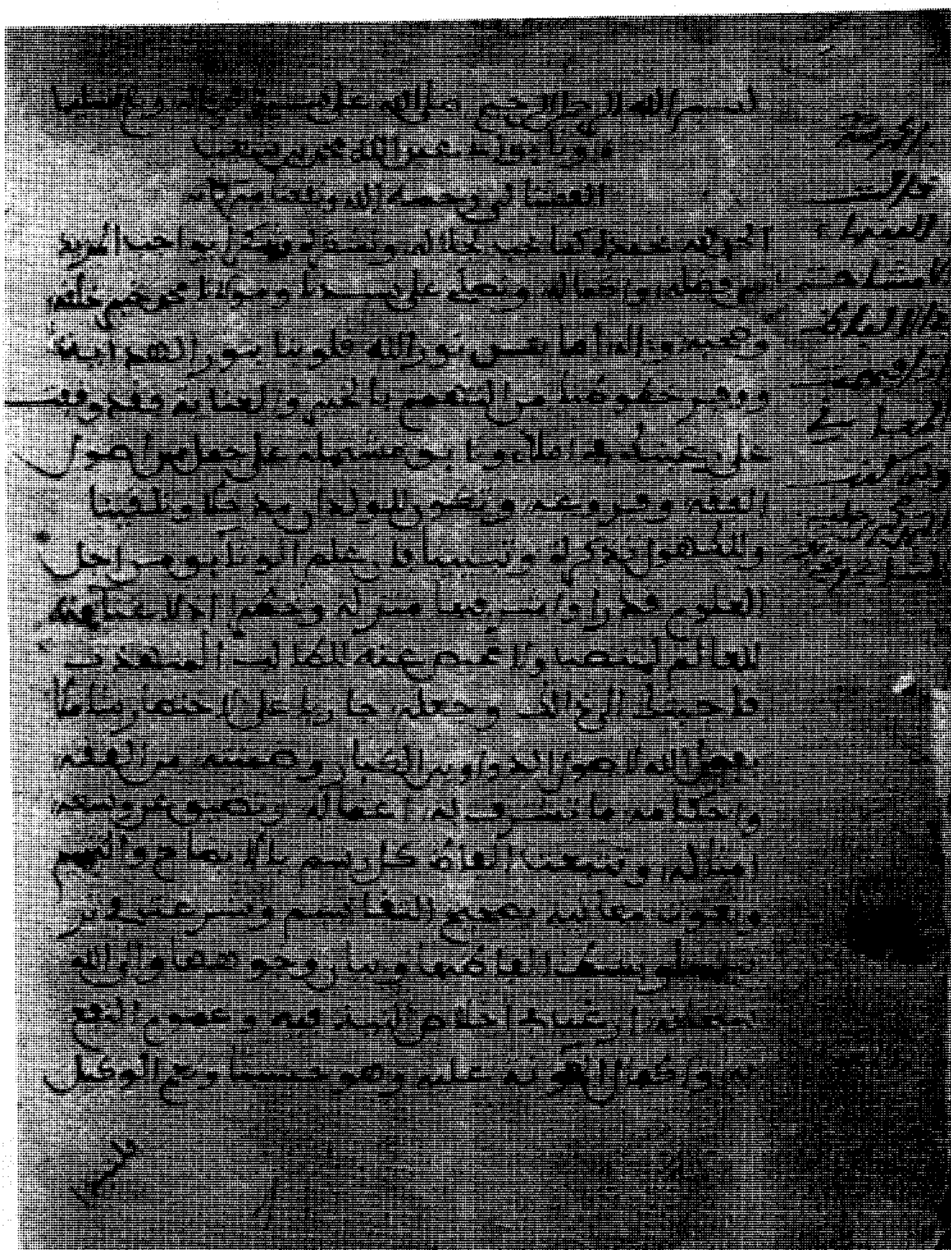
* * *

نماذج من
المخطوطات المعتمدة في تحقيق الكتاب



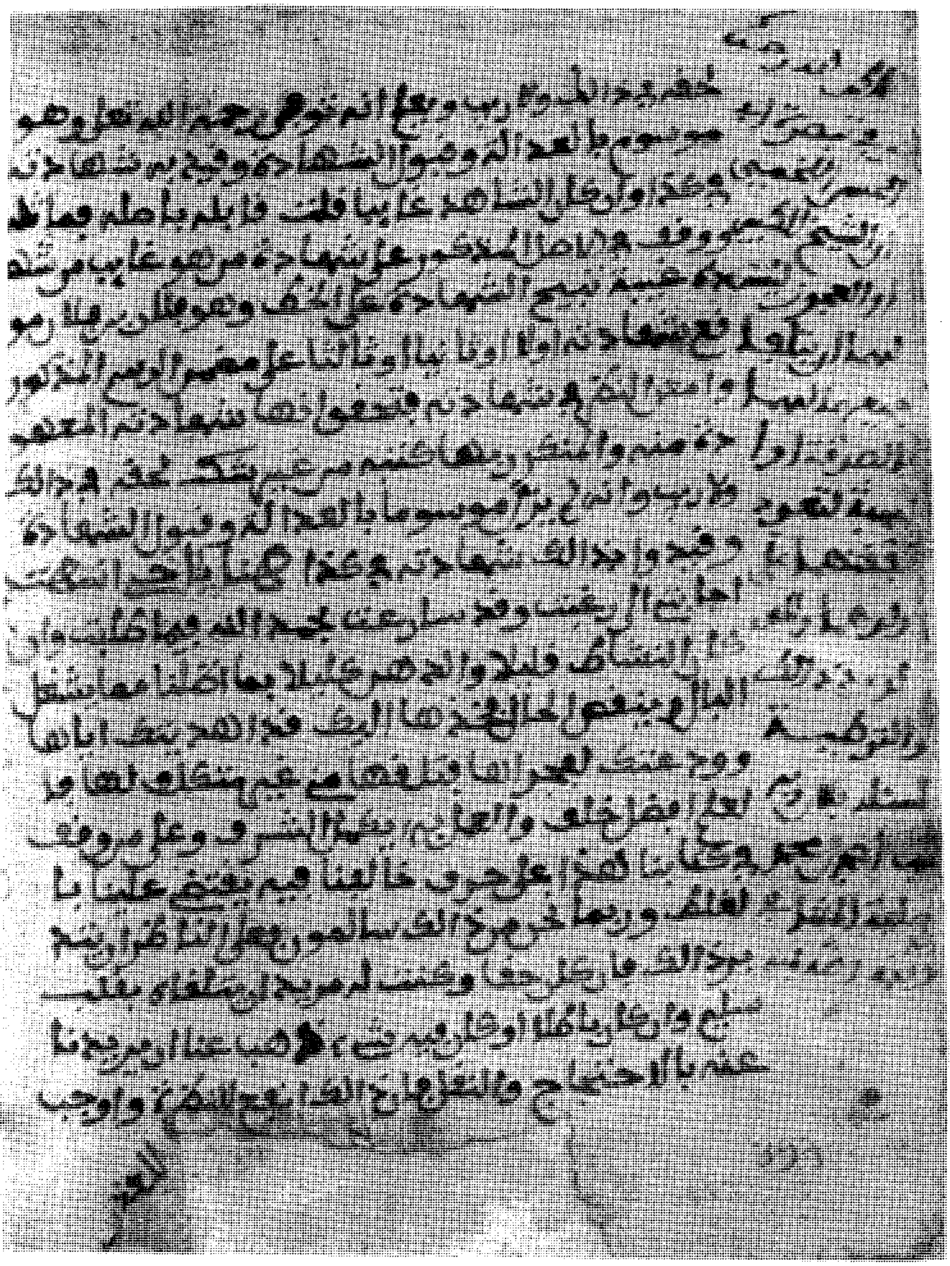
لوحة العنوان من النسخة (أ) من «وثائق الفشتالي»



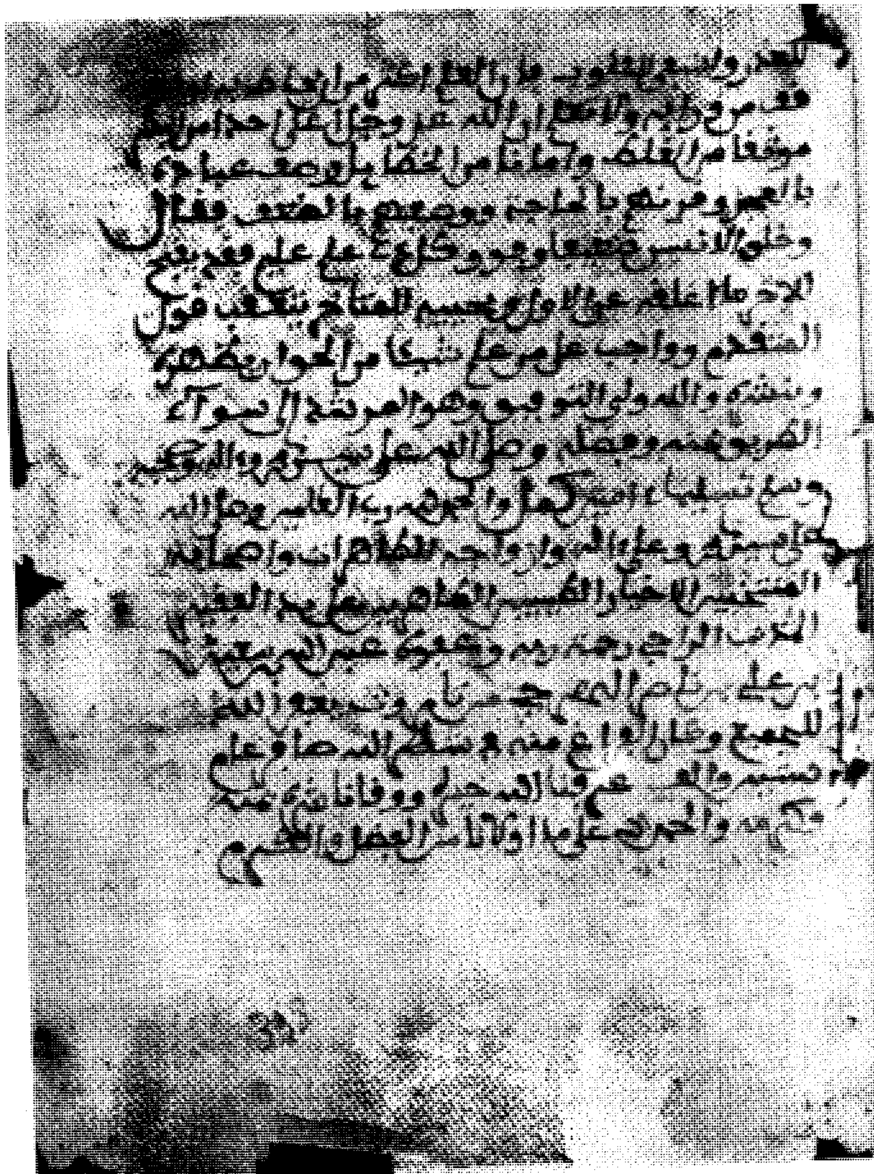


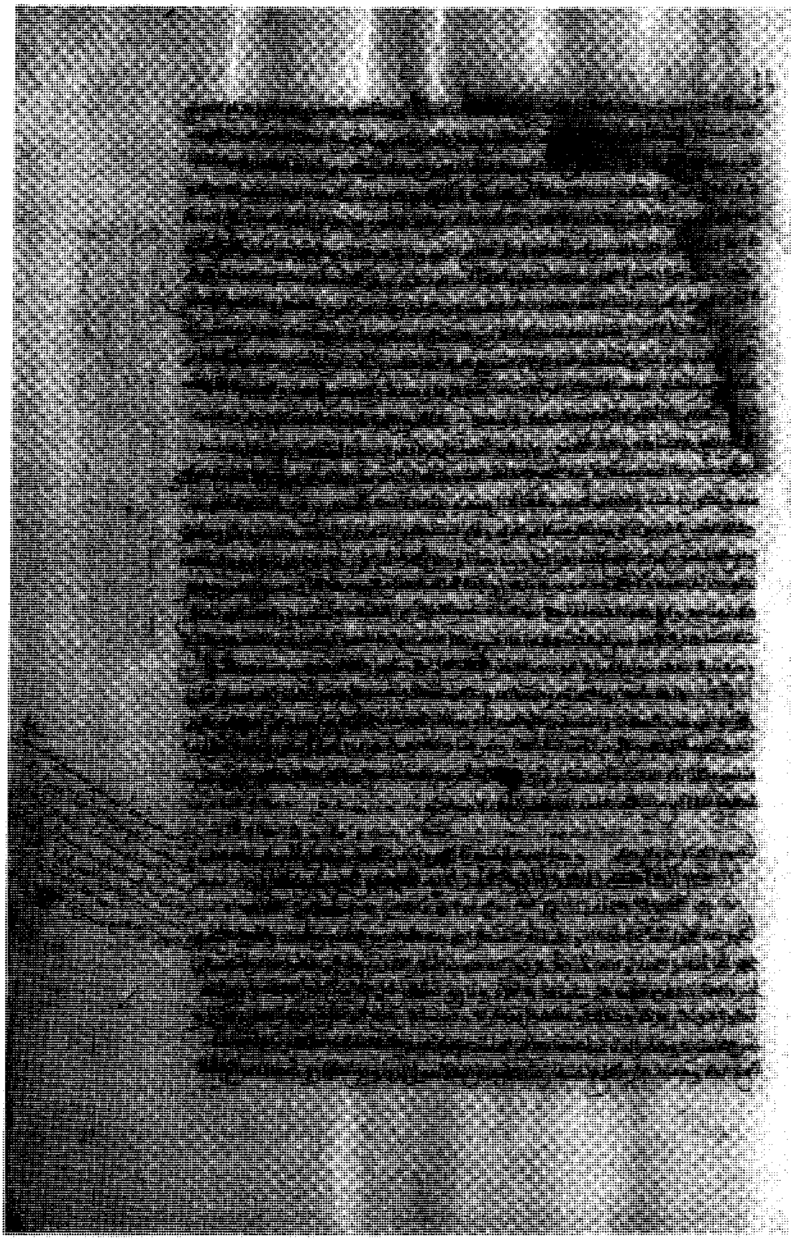
اللوحة الأولى من النسخة (أ) من «وثائق الفشتالي»

فلنبتدئ بعون الله بكتاب النكاح على ما جرى عليه
أكثر أصحاب الأحكام صداقا يعقده الأب على ابنته
البكر تقول بعد صدر الخطبة أما بعد فهذا نكاح
انعقد واليمن والبركة تؤمه. وتوفيق الله يشمله ويعمه
بين فلان بن فلان الفلاني عاقده على نفسه وبين فلان بن
فلان الفلاني عاقده على ابنته فلانة البكر في حجره
وتحت ولاية نظره الحل للنكاح على صداق مبارك جملته
بين نقد محضر وكالئ منتظر كذا وكذا النقد المعجل
لها منه كذا والكالئ المؤجل كذا مقسطا لها
عليه بالسواء في كذا أعوام على التوالي والاتصال على أعقاب
كذا الابتداء له من تاريخه بواضح البيان ولائح البر
هان تزوجها بكلمة الله العلية وسنة نبيه صلى الله
عليه وسلم التي إليها استناد البرية وعلى الأمانة
والديانة وعلى ما جاء في محكم القرآن من إمساك بمعروف
أو تسريح بإحسان أنكحه إياها والدها فلان المذكور
بما ملكه الله من أمرها وجعل بيده من العقد عليها
والنظر لها وقبله الزوج المذكور وارتضاه والتزمه
لنفسه وأمضاه والله تعالى يؤلف بينهما على ما يحبه
ويرضاه شهد على إشهاد الناكح والمنكح المذكورين
بما ذكر فيه عنهما وهما بحال الصحة والجواز والطوع

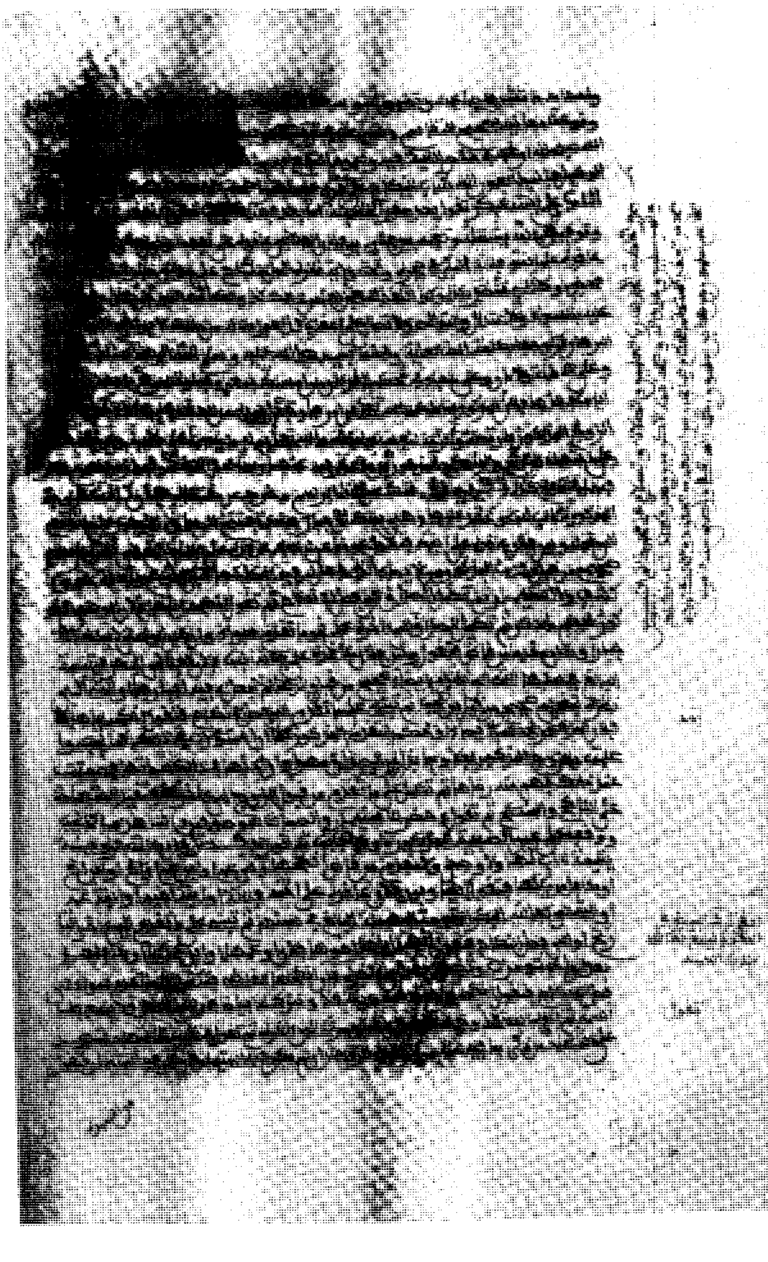


اللوحة الأخيرة من النسخة (أ) من «وثائق الفشتالي»


للعدد [illegible] من [illegible]
فقد من [illegible] والأصل ان الله عز وجل جعل [illegible]
موضعا من الغلط وأما ما من الخطأ [illegible]
بالعجز ومن نفع بالحاجة ووصفهم بالضعف فقال
وخلق الانسان ضعيفا [illegible] على [illegible]
[illegible]
المتقدم وواجب على من [illegible] شيئا من الخطأ [illegible]
[illegible] والله ولي التوفيق وهو المرتجى [illegible]
[illegible] وفضله وصلى الله على سيدنا محمد [illegible]
[illegible] والحمد لله رب العالمين [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
للجميع [illegible]
[illegible]
[illegible] والحمد لله [illegible] من الفضل [illegible]

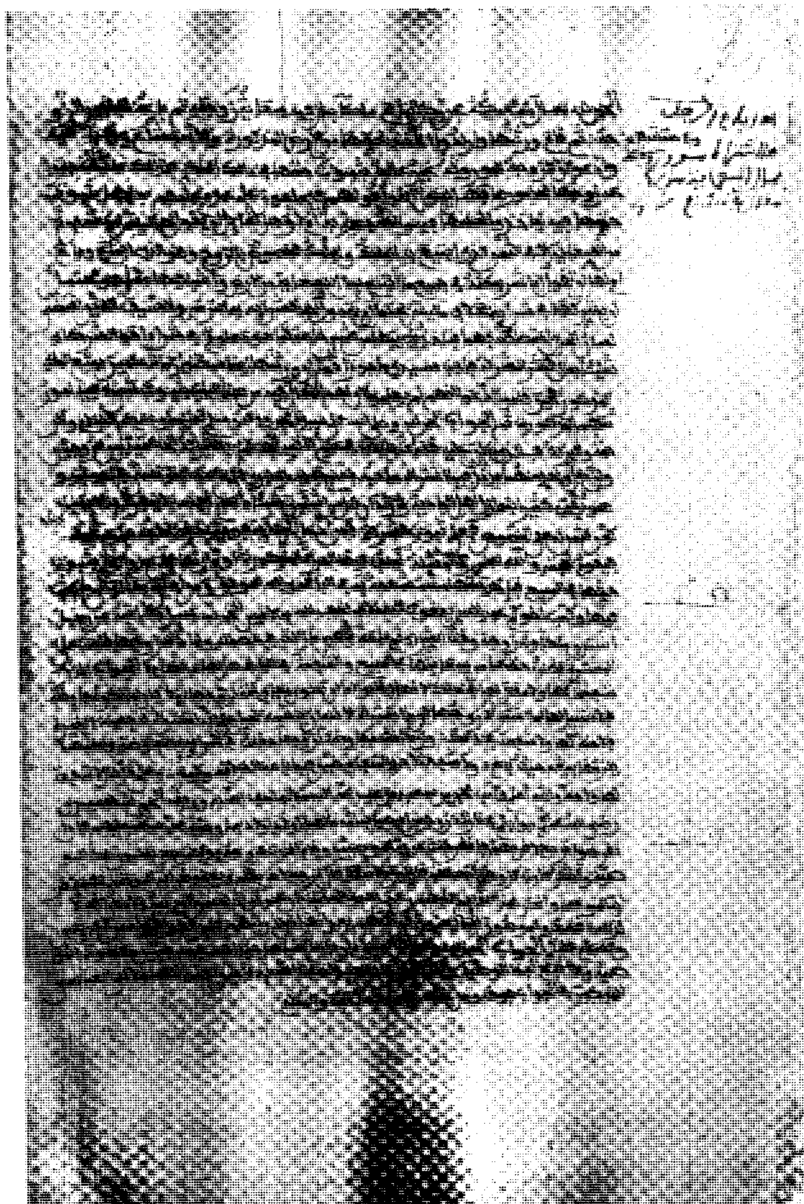


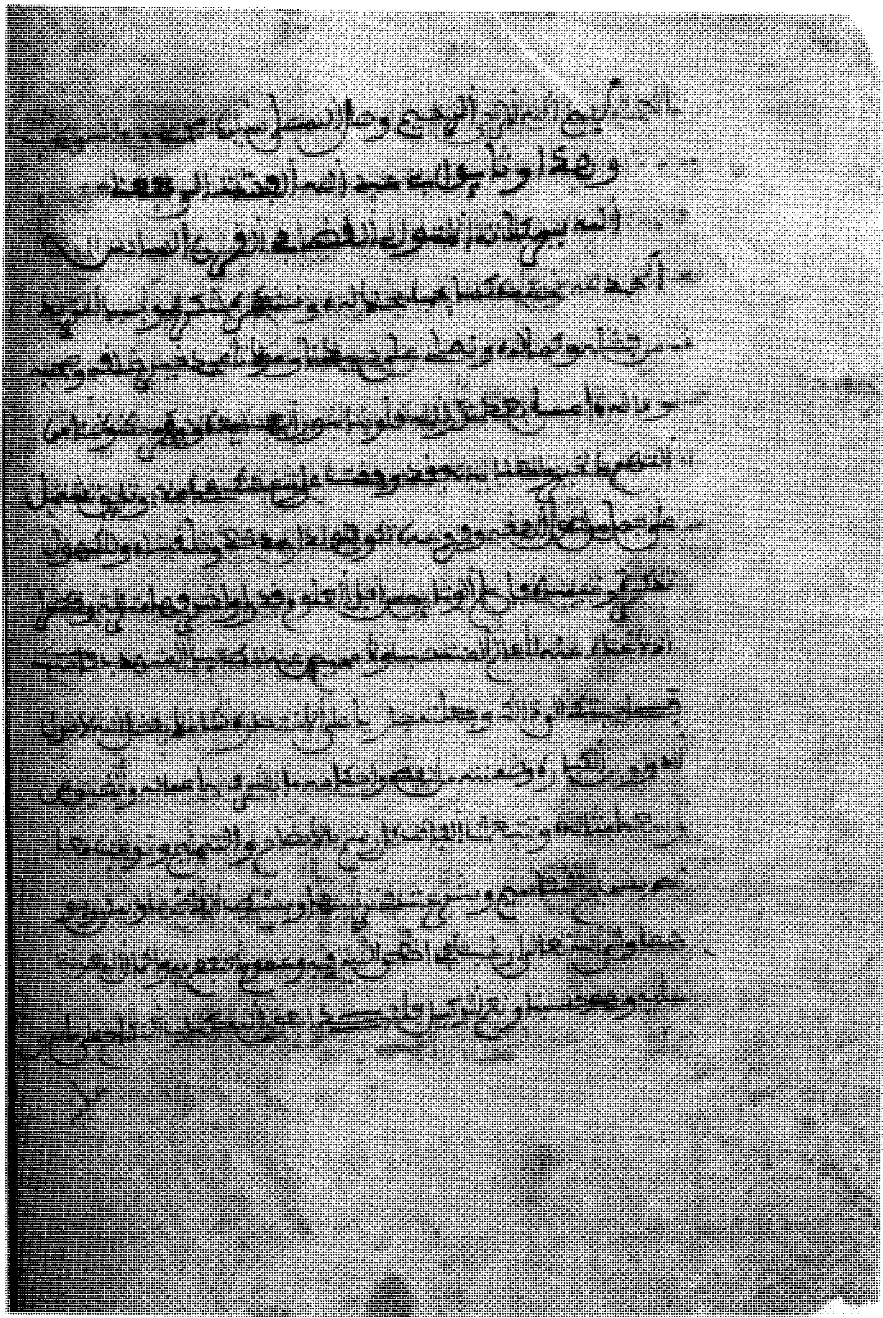
اللوحة الأولى من النسخة (ب) من «وثائق الفشتالي»



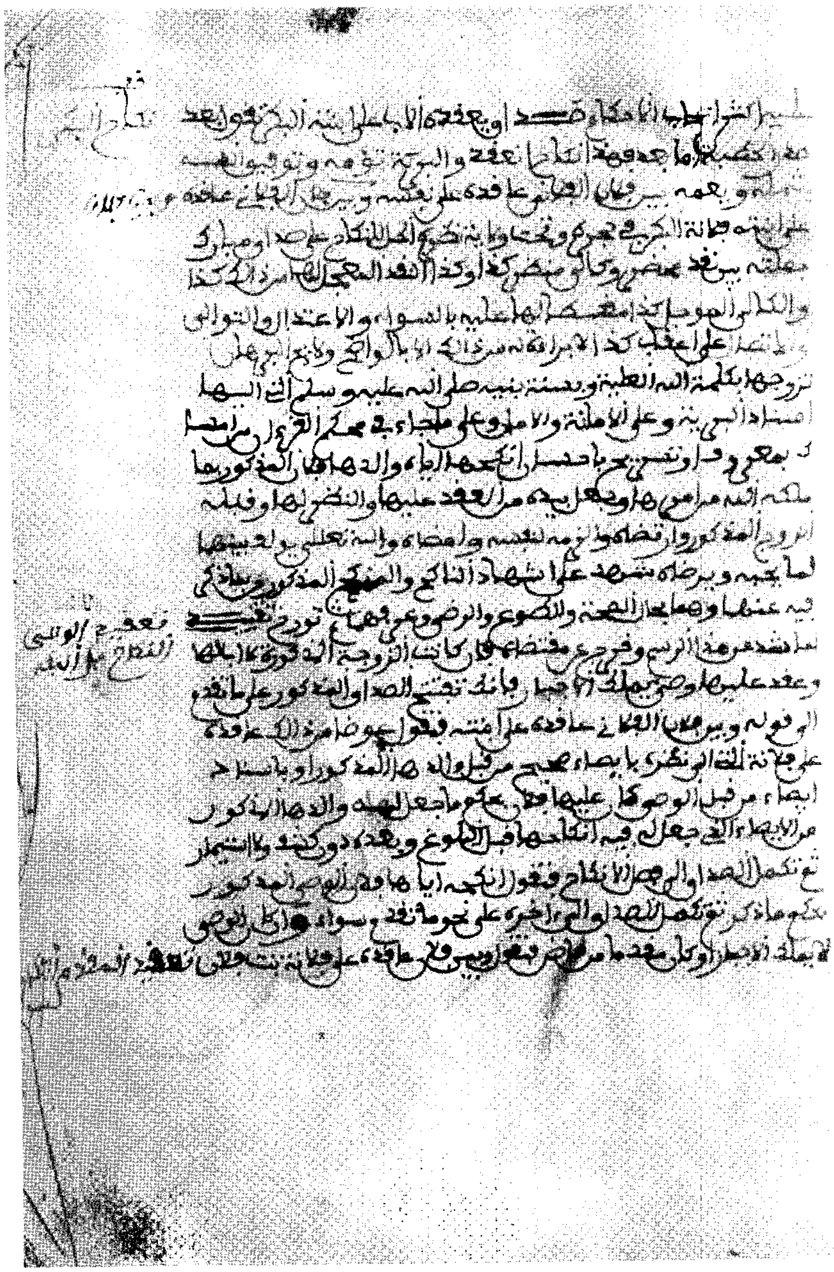


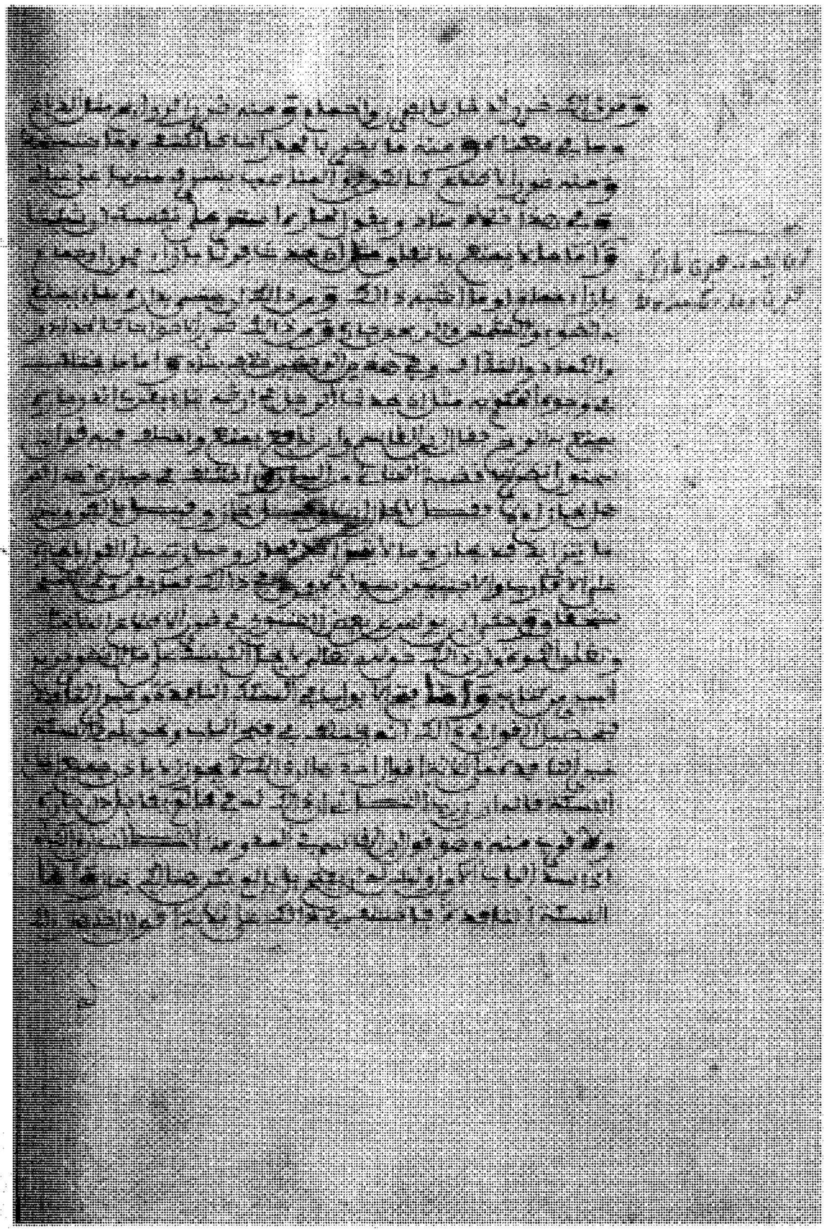
اللوحة الأخيرة من النسخة (ب) من «وثائق الفشتالي»





اللوحة الأولى من النسخة (جـ) من «وثائق الفشتالي»





الصفحة الأخيرة من النسخة (جـ) من «وثائق الفشتالي»

النص المحقق

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليمًا.

وثائق أبي عبد الله محمد بن شعيب الفشتالي - رحمه الله ونفعنا ببركاته.

الحمد لله، نحمده كما يجب لجلاله، ونشكره شكرًا بواجب المزيد من فضله وإكماله، ونصلي على سيدنا ومولانا محمد خير خلقه، وصحبه وآله .

أما بعد:

نوَّر الله قلوبنا بنور الهداية، ووفر حظوظنا من التهمم بالخير والعناية، فقد وقفت على رغبتك في إملاء وثائق مشتملة على جمل من أصول الفقه وفروعه، وتكون للولدان مدخلاً وتلقينا، وللكهول تذكرة وتبينًا.

فإن علم الوثائق من أجل العلوم قدرًا، وأشرفها منزلة وخطرًا، إذ لا غنى منه للعالم المنتصب، ولا محيص عنه للطالب المتهذب، فأجبتك إلى ذلك، وجعلته جاريًا على الاختصار شاملاً ـ بفضل الله ـ لأصول الدواوين الكبار، وضمنته من الفقه وأحكامه، ما تشرف به أعماله، وتضيق عن وسعه أمثاله.

وتبعت ألفاظ كل رسم بالإيضاح ونعوت معانيه بصحيح التقاسيم، وشرعت في ترتيبها ، وبسط ألفاظها ، وبيان وجوهها، وإلى الله سبحانه أرغب في إخلاص النية فيه، وعموم النفع به، وإكمال المعونة عليه.

وهو حسبنا ونعم الوكيل.

* * *

فلنبدأ بعون الله بكتاب «النكاح»[١] على ما جرى عليه أكثر أصحاب الأحكام

صداق[٢] يعقده[٣] الأب على ابنته البكر.

تقول بعد صدر الخطبة: أما بعد: فهذا نكاح انعقد والبركة تؤمه، وتوفيق الله يشمله ويعمه، بين فلان ابن فلان الفلاني عاقده على نفسه، وبين فلان ابن فلان الفلاني عاقده على ابنته فلانة البكر في حجره، وتحت ولاية نظره، الحل للنكاح على صداق مبارك جملته بين نقد محض وكالئ منظر كذا وكذا.

النقد المعجل لها من ذلك كذا، والكالئ المؤجل كذا، مقسطًا لها عليه بالسواء والاعتدال، والتوالي والاتصال على أعقاب كذا.

لا براءة له من ذلك إلا بواضح البيان ولائح البرهان.

تزوجها بكلمة الله العلية، وسنة نبيه ﷺ التي إليها إسناد البرية، وعلى الأمانة والأمان، وعلى ما جاء في محكم القرآن، من إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، أنكحه إياها والدها فلان المذكور، بما مَلَّكَه الله من أمرها، وجعل بيده من العقد عليها، والنظر لها، وقبله الزوج المذكور وارتضاه وألزمه نفسه وأمضاه.

والله تعالى يؤلف بينهما على ما يحبه ويرضاه.

---

(١) قال ابن عرفة: «النكاح: عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية، غير موجب قيمتها ببينة قبله، غير عالم عاقدها حرمتها إن حرمها الكتاب على المشهور، أو الإجماع على الآخر» ا هـ. «شرح حدود ابن عرفة» (١ / ١٥٣)،وهذا التعريف منقول من «مختصر ابن عرفة»، (٢/ ق١ب) من نسخة «كلية القرويين».

(٢) انظر: «شرح حدود ابن عرفة» (١/ ٢٥٥ ، ٢٥٦).

(٣) العقد: العقد في اللغة: الربط، ومنه : عقد إزاره ، وقد يستعار ويستعمل للمعاني، كما قال الحطيئة:

قوم إذا عقدوا عقدًا لجارهم .... البيت

والنكاح والبيع وغير ذلك مما فيه لزوم للنفس. ا هـ. «شرح حدود ابن عرفة» (١ / ١٥٣).

شهد على إشهاد الناكح والمنكح المذكورين بما ذكر فيه عنهما وهما بحال الصحة والجواز والطوع والرضى وعرفهما.

ثم تؤرخ تقييد لما [شذ](١) عن هذا الرسم وخرج عن مقتضاه.

فإذا كانت الزوجة المذكورة لا أب لها، وعقد عليها وصيّ بملك الإجبار، فإنك تفتح الصداق المذكور على ما تقدم إلى قوله: «وبين فلان ابن فلان الفلاني عاقده على ابنته»، فتقول عوضًا عن ذلك: «عاقده على فلانة التي [إليه نظرها](٢) بإيصاء صحيح من قبل والدها المذكور، أو بإسناد إيصاء من قبل الوصيّ كان عليها فلان بحكم ما جعل له والدها المذكور من الإيصاء الذي جعل له فيه إنكاحها، قبل البلوغ وبعده، دون كشف والإستئمار.

ثم تكمل الصداق إلى فصل الإنكاح، فتقول: أنكحه إياها فلان الوصِّى المذكور بحكم ما ذكر، ثم تكمل الصداق، إلى آخره على نحو ما تقدم سواء.

وإن كان الوصي لا يملك الإجبار، وكان مقدمًا من قاض، فتقول: وبين فلان عاقده على فلانة بنت فلان الفلاني، البكر، اليتيمة، البالغ في سنها، والتي إلى نظره بتقديم صحيح من قبل من يجب، ثم تبني على ما تقدم من فصول الصداق، وإلى فصل الإنكاح فتقول: أنكحه إياها فلان المذكور بحكم الإيصاء المذكور، أو بحكم التقديم المذكور، بعد أن استؤمرت في ذلك كما يجب، وأعلمت بالزوج المذكور بعلاً، بما بذل لها من الصداق مهرًا.

وإن إذنها في ذلك صماتها ، فصمتت عند ذلك صماتًا فهم منه رضاها.

ثم تكمل العقد على ما تقدم من قبول الزوج إلى آخره، فتقيد الشهادة على الناكح والمنكح، ثم تقول: وحضر الاستئمار والصمات الموصوفين، وشاهدهما كما يجب، ووقف على عين الصبية المذكورة وعرف بها، ثم تؤرخ.

---

(١) في ب: شد.

(٢) في ب: إلى نظره.

فصل: فإن كانت الزوجة يتيمة لا أب لها ولا وصي ولا مقدم من قاض

أنكحها ولو عم أو ابن عم، أو أخ أو ابن أخ أو كافل مرب لها.

فتقول أيضًا: وبين فلان عاقده على أخته فلانة، أو ابنة أخيه، أو ابنة عمه، أو التي إلى كفالته، البكر، اليتيمة، المهملة، البالغ في سنها، ثم تبنى على ما تقدم... إلى آخر التأريخ.

وإلى فصل الإنكاح، فتقول: أنكحه إياها أخوها فلان، أو عمها، أو ابن عمها، أو كافلها بعد أن استؤمرت، وتكمل العقد... إلى آخره.

فإن أنكحها القاضي، فتكتب على ما تقدم سواء إلى فصل الإنكاح، فتقول: أنكحه إياها قاضي مدينة كذا، وتترك له بياضًا في رسم الصداق يضع هناك اسمه، ثم تقول: أعزه الله تعالى وحرسها بعد أن استؤمرت في ذلك... إلى آخره.

ثم تقول في تقييد الإشهاد: «وشهد على إشهاد من ذكر بما فيه عنه، من أشهده الزوجان المذكوران»، إن لم يكن فيه استئمار، فإن كان فيه استئمار، فتقول: «من أشهده بما فيه عنه»، ثم تكمل الصداق على ما تقدم .

فصل: فإن كانت الزوجة رشيدة، رَشَّدَهَا أبوها أو غيره

فتقول: «انعقد النكاح بين فلان ابن فلان الفلاني عاقده على نفسه ، وبين فلانة بنت فلان البكر، الرشيدة، المالكة أمر نفسها، عاقدته على نفسها» وتبني على ما تقدم إلى فصل الإنكاح، فتقول: أنكحه إياها والدها المذكور بإذنها ورضاها، وتفويضها ذلك إليه»، وكذلك حكم البكر المعنسة تبين تعنيسها عند ذكر اسمها، فتقول: «فلانة البكر المعنسة»، وتبني على ما تقدم في البكر الرشيدة سواء، وإن كان في ذلك خلاف على ما يأتي إن شاء الله تعالى.

فصل: فإن كانت الزوجة ثَيِّبًا زَوَّجَهَا والدها
أو وَصِيِّه أو مُقَدَّم من قاضٍ أو أخ أو عم أو ابن عم، أو قاض.

الحكم في ذلك كله سواء، تبتدئ العقد على ما تقدم إلى ذكر الزوجة، فتقول:

«فلانة بنت فلان الفلاني ثيبا مطلقة من فـلان، أو متوفى عنها فلان» ، فتكمل العقد على ما تقدم إلى فصل الإنكاح، فحكمه حكم البكر الرشيدة سواء، ثم تقيد الشهادة على الجميع: «أشهد على إشهـاد الناكح والمنكح والزوجة، الثلاثة المذكورين، بما فيه عنهم وهم بحال الصحة والجواز والطوع، وعرفهم وفي كذا».

فصل: إن كانت الزوجة بكراً صغيرة لم تبلغ المحيض، وَزُوِّجَت لحاجة زوجها وهي لا تملك الإجبار أو مقدم أو ولي نسب

فتـعقد في ذلك على مـا مضى إلى فصل الإنكاح فـتقول: «أنكحـه إياها فلان الوصي، أو المقـدم، أو الولي بعـد أن استـؤمرت في ذلك، كـمـا يجب، وأعلمت بالزوج المذكور بعلاً، وبما بذل لها من الصداق مهرًا.

وإن إذنها في ذلك نطقها بالرضى، فنطقت عند ذلك نطقًا أفصحت فيه برضاها» ثم تكمل العقد إلى آخـره، وتقيد الشهادة على الـثلاثة: الزوج، والمنكح، والزوجة، فتـقول في ذلك: «بعد تقيـيد الشهادة من الـزوج والمنكح مطلقًا، ومن الزوجة فيـما ذكر».

فصل: وإن كانت الزوجة أمة زَوَّجَهَا سيدها والزوج حر

فتـقول: «لما خشي فلان ابن فـلان الفلاني العِنَّة[1] ولم يجد للحرائر طولاً[2]، تزوج على ـ بركـة الله ـ مملوكـة فلان»، وتبـني على ما تقـدم إلى فـصل الإنكاح،

(١) العِنَّة: قال ابن عرفـة: حاصل نقل عياض والباجي: أن العِنِّين: ذو ذكـر لا يمكن به جماع لشدة صغره، أو لدوام استرخائه، البـاجي عن ابن حبيب: العنين : ما لا يبنتشر ذكره، ولا ينقبض، ولا ينبسط، وهذا ظاهر. ا هـ. «شرح حدود ابن عرفة» (١ / ١٦٨).

(٢) قال الزجاج في قـوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً﴾ [النساء: ٢٥]، معناه: من لـم يقدر منكم على مهر الحـرة، قال أبو إسحاق : والطول هنا: القـدرة على المهر، وقد طال الشيء طولاً، وأطلته إطالة، وقول الله جل ثناؤه: ﴿الْعِقَابِ ذِي الطَّوْلِ﴾ [غافر: ٣] أي ذي القدرة ، وقيل: الطول: الغنى، والطول: الفـضل، يقال: لفلان على فـلان طول، أي: فضل. . . . «تهذيب اللغة» (١٤ / ١٥).

فتقول: «أنكحه إياها سيدها فلان المذكور، بما ملكه الله من أمرها»، ثم تكمل العقد. . . إلى آخره.

وكذلك إذا كانت أم ولد،(١) أو مدبرة (٢)، أو معتقة إلى أجل على القول بجبرهن، وعلى القول بعدم جبرهن، فحكمهن حكم الثيب.

فصل: فإن كان الزوج صغيراً أو في ولاية والده أو لنظر وصي أو مقدم من قاضٍ

الحكم في ذلك سواء تقول: «انعقد النكاح بين فلان الفلاني عاقده على ولده فلان الصغير في حجره، أو بين فلان عاقده على محجوره فلان الصبي الصغير الذي إلى نظره بإيصاء أو تقديم من قبل من يجب».

فصل: فإن كان الزوج بالغًا سفيهًا، وقلنا بجبره على النكاح

فكما تقدم في الصغير إلى قولك: الصغير، فتقول: «البالغ السفيه»، وتبني على ما تقدم إلى فصل القبول، فتقول: «وقبله فلان لولده فلان والمحجور فلان قبولاً تاما، وألزمه إياه إلزامًا عاما وأمضاه عليه على ما ظهر له في ذلك من الصلاح والسداد».

فصل: فإن قلنا في البالغ: إن الأب أو الناظر لا يجبره على النكاح

فتعقد العقد عليه فتقول: «انعقد النكاح بين فلان الفلاني الذي في ولاية والده بتحديده الحجر عليه في وقت جاز له ذلك، أو الذي إلى نظر فلان بإيصاء أو تقديم بإذن والده المذكور، أو إذن الوصي، أو المقدم عليه»، وتكمل العقد على ما تقدم، وتمضي إلى فصل تقييد الإشهاد، فتقول: «شهد على إشهاد الناكح والمنكح والزوجة والأب أو الولي، الأربعة المذكورين ، بما فيه عنهم من الزوج فيما ذكر ، وممن عداه مطلقًا.

---

(١) أم الولد : قال ابن عرفة: «هي الحرُّ حملها من وطء مالكها عليه جبرًا» «شرح حدود ابن عرفة » (١ / ٥٢٦).

(٢) المُدَبَّر: قال ابن عرفة: «هو المُعْتَق من ثلث مالكه بعد موته بعتق لازم». ا هـ. «شرح حدود ابن عرفة » (١ / ٥٢٤).

فصل: إن كان الزوج عبداً، وعقد عليه النكاح سيده جبراً

فكالولد الصغير سواء، وإن أذن له سيده في النكاح فكالبالغ السفيه سواء، غير أنك إن كانت الزوجة بكرًا فلابد من نطقها عند الاستئمار كالصغيرة اليتيمة سواء.

فصل: فإن كانت الزوجه كتابية نصرانية أو يهودية

فصداقها وصداق المسلمة سواء لا فرق بينهما في ذلك.

فصل: فإن كان في الصداق حمل أو حمالة(١)

قلت: بعد ذكر الصداق نقده وكالئه: «وحضر فلان ابن فلان الفلاني، وتَحَمَّلَ بجميع النقد أو النقد والكاليء لماله وذمته».

فإن كانت حمالة، قلت: «حمالة صحيحة لازمة لماله وذمته».

وإن كان حملاً، قلت: «حملاً لا حمالة» ، وتبين أن النكاح انعقد عليها.

فصل: وإن كان في ذلك شروط

قلت بعد التاريخ: «وتطوع الزوج فلان لزوجته فلانة، بأن الداخلة عليها بنكاح أو مراجعة طالق بنفس العقد عليها إلا بإذنها ورضاها، وبأنه لا ينقلها بالسكنى من مدينة كذا إلى غيرها إلا بإذنها ورضاها فإن أكرهها على ذلك، فقد جعل أمرها بيدها في طلقة واحدة مملكة ، وبأنه لا يغيب عنها غيبة قريبة ولا بعيدة طائعًا أو مكرهًا قبل البناء أو بعده أزيد من ستة أشهر، فإن غاب عنها أزيد من ذلك، فقد جعل أمرها بيدها في طلقة واحدة مملكة، وصدقها في دعوى المغيب، والمنقضي من الأجل تصديقًا مطلقًا دون بينة ولا يمين، ولا مشورة قاض ولا سواه.

ولها التلوم عليه ما شاءت، والتربص ما أحبت، ولا يقطع تلومها شرطها، وبأنه لا يضر بها في نفسها ولا شيء من مالها، فإن فعل شيئًا من ذلك فقد جعل أمرها

---

(١) الحمالة: قال ابن عرفة: الحمالة: التزام دين لا يسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له».ا هـ. «شرح حدود ابن عرفة» (١ / ٣١٩).

بيدها في طلقة واحدة مملكة، وهي مصدقــة في دعوى الضرر تصديقًا مطلقًا دون بينة ولا يمين، وعلم أنها ممن لا تخدم نفسها فالتزم خدمتها طوال الزوجية بينهما، وأقر أن ماله يتسع لذلك.

فإن طاع لها بسرية أو أم ولد، قلت في الشرط: «بأنه لا يتزوج عليها ولا يراجع مفارقتها، ولا يتخذ عليهــا سرية ولا أم ولد، إلا بإذنها ورضاها، فإن فعل شيئًا من ذلك، فالداخلة عليها بنكاح أو مراجعة طالق بنفس العقد عليها، إلا بإذنها ورضاها.

والسرية وأم الولد حرتان لوجه الله تعالى.

ثم تقول عقب ذلك كله: «طوعًا صحيحًــا عرف قدره وشهد عليه به، وما تقدم وفي تاريخه ».

فصل: بيان فقه ما تقدم وتعلق بالصداق والتقييد

قولنا: «**هذا ما أصدق**».

أنكر هذا بعض المتأخرين، وقال: لا يــقال في الوثائق: «هذا ما أصدق، أو هذا ما اشترى»، أو شبه ذلك، قرارًا من أن «ما» تدل على الجحد والنفي.

والحديث حجة عليهم؛ لأنه كتب باللفظ الذي كرهوه، فقال: «**هذا ما كتب**» .

انظر «المعلم»(١) للمازري.

وقولنا: «**كتابًا**».

اتباعًا لكتاب الله وسنة نبيه ﷺ.

قال الله تعالى: ﴿**هَذَا كِتَابُنَا يَنطِقُ عَلَيْكُم بِالْحَقِّ**﴾ [الجاثية: ٢٩].

وجــاء في الأثر عن رسول الله ﷺ، أنه كــتب عنه : «**هذا كــتاب من مـحمـد رسول الله ﷺ**»(٢).

---

(١) «المعلم» (١ / ٤٠١).

(٢) أخرجـه أبو داود (٢٩٩)، وابن أبي عاصم في «الآحـاد والمثاني» (١٦٨٦)، وأبو نعـيم في المعرفة» (٥ / ٢٦٢٢) رقم (٦٣١٠).

قلت: هذا حديث حسن.

وقولنا: «نكاح النكاح».

في اللغة الضم والجمع، قالوا: أنكحت البر في الأرض، إذا أحرثته فيها.

ونكحت الحصاة أخفاف الإبل، إذا دخلت فيها.

ثم استعمل في الوطء ، وهو في عرف الشرع ينطلق على العقد؛ لأنه بمعنى الجمع، ومثاله الوطء، وهو أكثر استعماله في الشرع.

وهذا النكاح ينعقد بكل لفظ يقتضي المعاوضة والتأبيد.

فلا ينعقد بلفظ الإجارة ولا بلفظ الإحلال ولا بالوصية.

وقال ابن محرز : يصح النكاح بلفظ الهبة والصدقة والبيع إذا قصد به النكاح، ذكر الصداق أو أطلقوه انظر «تبصرته»(١) ، وانظر «المقدمات»(٢).

وقولنا: «والبركة تؤمه» .

تفاؤلاً.

وقولنا: «بين فلان وفلان».

كناية عمن يعقد، قال الله تعالى: ﴿**يَا وَيْلَتَىٰ لَيْتَنِي لَمْ أَتَّخِذْ فُلَانًا خَلِيلًا**﴾ [الفرقان: ٢٨].

وقولنا: «زوجة فلانة» بلا تاء.

أفصح من زوجته وهي لغة القرآن.

وقولنا: «البكر في حجره».

البكر(٣) في اللسان هي: التي ليس لها زوج عذراء كانت أو غير عذراء، فإن انعقد بين الزوجين النكاح على نص الرسم المذكور، ووجدها ساقطة العذرة فلا رد له

---

(١) انظر: «بداية المجتهد» (٣ / ٣٢)، و«عقد الجواهر» (٢ / ٤٠٨) ، و«تبصرة الحكام» (١/ ١٢٧).

(٢) «المقدمات» (١ / ٤٨٠).

(٣) انظر: «العين» (٥ / ٣٦٤)، و«تهذيب اللغة» (١٠ / ١٢٦).

بها، ولا قيام له عليها ولا على وليها.

قاله ابن حبيب عن مالك، وبه قال أشهب[١].

وقال ابن العطار: له ردها بذلك.

وقيل: الصواب ما تقدم؛ لأن اسم البكارة واقع عليها، وإن زنت، إلا أن يشترط أنها عذراء فله الرد، قاله أصبغ[٢].

فإذا قلنا بوجوب الرد على الزوج، وكذبته فاليمين عليها إن كانت رشيدة، وعلى أبيها إن كانت ذات أب.

وهل ينظر إليها النساء أم لا؟

في ذلك قولان:

وعلى القول بالنظر إذا شهدت أن الأمر قريب يمكن أن يكون من فعله، دِيَنتّ وحلفت، وإن كان قديمًا ردت به.

واختلف في تحليف الزوج:

قال: بن زرب[٣]: فإن صدقته الزوجة وهي في ولاية أبيها لم يقبل قولها؛ ولم يلتفت إلى إقرارها لأن مالها [من][٤] أبيها.

وقال ابن حبيب: إذا صدقته الزوجة قبل قولها، انظر «المتيطي»، و«وسماع أصبغ».

وقولنا: «في حجره وتحت ولاية نظره».

احترازًا من المرشدة والمعنسة، ويأتي الكلام عليها.

وقولنا: «الحل للنكاح».

احترازًا من الموانع التي تمنع العقد عليها كالعدة وغيرها.

---

(١) انظر: «النوادر والزيادات» (٤ / ٥٣٧).

(٢) انظر المصدر السابق.

(٣) انظر: «النوادر والزيادات» (٤ / ٤٨٧).

(٤) في ب: بين.

قال ابن مغيث: وذكرنا في الثيب خلوها من الزوج، وفي غير عدة منه ليكون ذلك قطعًا لما تقوم به بعد ذلك من ندم يأتيها فتقول: أنا حامل، أو لم يأتني قرء، تبغي بذلك فسخًا ، فلا يقبل منها حتى يثبت، وإذا سقط ذلك من العقد فلأصحابنا في ذلك تنازع، فمنهم من قال: يقبل قولها ويفسخ النكاح، وبه قال ابن عتاب.

ومنهم من قال: لا يقبل قولها، وبه قال ابن العطار، والأول أقيس.

وقولنا: «على الصداق».

الصداق يقال بفتح الصاد وكسرها، والفتح أفصح، وهو ما ينعقد به النكاح؛ وهو مأخوذ من قوله تعالى: ﴿ **وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً** ﴾ [النساء: ٤].

وقولنا: النقد المعجل.

الذي يعجله لها، ويقبضه إياها قبل الدخول بها.

نقدته الدراهم، أي: أقبضته إياها فانتقدها، فإن اقتصر العاقد على هذا اللفظ، وأسقط ذكر القبض اقتضى بقاؤه في ذمة الزوج ، ولم يكن له في ذلك حجة، لأن معنى النقد المعجل منه كذا، أي: الذي يعجل منه إذا عجل كذا.

واختلف إذا قال: نقدها منه كذا، وسكت، ففي ذلك قولان(١).

وقال سحنون : ذلك براءة للزوج.

وقال ابن حبيب: لا يبرئه ذلك حتى ينص على القبض.

فصل:

ولا يلزم للزوج تعجيل النقد إلا أن يدعى البناء ، وهو بالغ، وهي ممن تطيق الوطء، وإن لم تحض، بخلاف ما أصدقها من معين عروض أو رقيق، فإن للمرأة أو من يلي عليها تعجيل ذلك وقبضه كانا صغيرين أو كبيرين.

---

(١) انظر: «التاج والإكليل» (٥ / ١٩٧).

ولا يجوز النكاح باشتراط تأخير القبض كما لا يجوز ذلك في البيوع.

فصل:

وإذا قبضت الزوجة، أو والدها ، أو من يجوز له قبض نقدها فمن حق الزوج أن تتجهز به إليه، وهذا هو المشهور من مذهب مالك وجميع أصحابه، حاشا ابن وهب فإنه قال: لا يلزمها أن تتجهز به .

وحكى ابن لبابة: أنها تمسك منه ربع دينار لاستباحة بضعها ، وأنكر ذلك بعض الشيوخ[١].

ويجب على المرأة أو وليها أن تصرف نقدها فيما يصلح للناس في بيوتهم مما يحتاجون إليه من المتاع والفراش والوسائد ، وما لا غنى لها عنه من العطر والثياب، وغير ذلك مما جرى به العرف في موضعها.

وقولنا: «والكالئ منه كذا».

الذي يؤخر على الزوج، ولابد فيه من ذكر الأجل، وإن كان من أهل العلم من يكره قربه كما يكره بعده، واختلف في ذلك اختلافًا كثيرًا، انظر «المقدمات»[٢].

فصل:

ولابد في ذكر الصداق من بيان قدره وسِكّته ، إن كان عينًا، وجنسه وصفته إن كان عرضًا، فلو سقط ذكر السَّكَّة من الصداق، لكان لها من السِّكَّة الجارية بالبلد في تاريخ النكاح، فإن اختلفت السَّكَّة أخذت من الأغلب، فإن تساوت أخذت من جميعها بالسوية كمتزوج برقيق ولم يذكر لا حمرانًا ولا سودانًا فلها الوسط من الأغلب في البلد، قاله ابن يونس[٣].

وكذلك في «المستخرجة»، وقال ابن المواز: فإن استوت في البلد نظر إلى وسط

(١) انظر: «البيان والتحصيل» (٥ / ٢١)، و«المقدمات» (٢ / ٣٢٥).
(٢) «المقدمات» (٢ / ٣٢٥).
(٣) «الجامع» (٤ / ٢٥٤).

السودان ووسط الحمران، فأعطيت نصف ذلك(١).

قال ابن يونس(٢): يريد: من كل جنس نصفه، قال: وذلك على قدر قيمته يوم وقع النكاح وكذلك إن طلق قبل البناء، قاله أصبغ.

وفي «العتبية»(٣) **عن مالك**: وتعطى الإناث دون الذكور، وذلك شأن الناس.

وقال ابن محرز: إن لم يكن للناس عادة في جنس يتناكحون به، فالقياس أن يكون النكاح فاسدًا حتى يسميا الجنس، انظر كلامه.

فصل:

فلو سقط ذكر الأجل، فبين الشيوخ في ذلك خلاف:

فالمشهور من المذهب، وعليه العمل: أن النكاح يفسخ، وإن فات بالبناء كان فيه صداق المثل.

قال بعض الشيوخ: وهو دليل «المدونة».

وذهب بعض المتأخرين إلى أنه: إن كان للكوالئ أجل متقدر لا يجاوز، فالنكاح صحيح، وإن كان مختلفًا فالنكاح فاسد.

وقولنا: «تزوجها بكلمة الله(٤) **تعالى»**.

الكلمة قول: «لا إله إلا الله»، إذ لا يحل لغير مسلم أن يتزوج مسلمة.

---

(١) انظر: «النوادر والزيادات» (٤ / ٤٥٩)، و«المدونة» (٢ / ٤٥٥) و(٤ / ٦٣٤).

(٢) «الجامع» (٤ / ٢٥٤ _ ٢٥٥).

(٣) «البيان والتحصيل» (١٣ / ٢٧٣)، و«النوادر والزيادات» (٤ / ٤٥٩)، و«التاج والإكليل» (٥ / ١٧٤).

(٤) المقصود الكلمة التي في قوله ﷺ: «... فاتقوا الله في النساء، فإنكم أخذتموهن بأمان الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله...» أخرجه مسلم (١٢١٨) من حديث جابر بن عبد الله - رضي الله عنهما.

وقال الخطابي[(١)]: الكلمة قول الله تعالى: ﴿ **فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

والدرجة التي قال للزوج على الزوجة هو الطلاق الذي جعله بيده، قاله إسماعيل القاضي.

وقال غيره: هو قوام الرجل عليها حالها قال الله تعالى: ﴿ **الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ** ﴾ [النساء: ٣٤].

وقيل: الدرجة شهادة الرجل التي هي أكمل من شهادة المرأة، انظر «وثائق ابن مغيث».

وقولنا: أنكحه إياها.

اختار بعض الموثقين هذا اللفظ، واحتج بقوله تعالى: ﴿ **إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ** ﴾ [القصص: ٢٧].

واختار بعضهم: «أنكحها إياه»، ورأوا تقديم الكناية عنها أولى، لأن الولي إنما يملك العقد عليها لا على الزوج، فكان تقديمها أولى، وكلاهما جائز.

وقولنا «بما ملكه الله من أمرها».

ظاهر في عدم الاستئمار والاستشارة.

قال اللخمي: البكر على ثلاثة أوجه: غير بالغ، وبالغ غير معنس، ومعنس.

فإن كانت غير بالغ، كان للأب جبرها من غير مشاورة، واختلف إذا كانت بالغًا غير معنس، فقال في «الكتاب»[(٢)]: له جبرها وقال في «كتاب محمد»[(٣)]: وإن

---

(١) «معالم السنن» (٢ / ٢٠٠).

قلت: أشار الخطابي هناك أن في معنى «الكلمة» وجوها، وأن هذا الذي ذكر هو أحسنها.

(٢) «المدونة» (٢ / ١٠٠، ١٠١).

(٣) انظر: «النوادر والزيادات» (٤ / ٣٩٤)، و«الرسالة» (ص/ ٨٩).

شاورها فذلك أحسن، وكلاهما لابن القاسم.

والقول الآخر أحسن، وهو أحوط، ليخرج من الخلاف، ويكون العقد على صفة مجمع عليها.

ولما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**البكر يستأذنها أبوها**»[١] أخرجه مسلم.

ونحو هذا لابن رشد[٢] قال: وفي استئذان الأب إياها خروج من الخلاف.

وقولنا: «وقبله الزوج وارتضاه».

إيضاح في قبول الزوج ورضاه.

وقولنا: «في تقييد الشهادة على المتعاقدين لكونهما في حال الصحة».

احترازاً من المرض إذ لا يجوز نكاح المريض، ويفسخ إن وقع، فلو قامت بينة أن النكاح وقع في الصحة، وشهدت بينة أن النكاح وقع في المرض، وتكافأتا في العدالة ففيها ثلاثة أقوال:

أحدها: أن بينة الصحة أعمل.

الثاني: بينة المرض أعمل.

الثالث: أن البينتين تسقطان، انظر «الأجوبة» و«أحكام ابن حدير».

فصل:

فلو وقع العقد بين المتعاقدين بهذا اللفظ، ثم وجدها الزوج عوراء أو عمياء أو شلاء لم يكن له ردها حتى يشترط السلامة من جميع ذلك، فيقول في الوثيقة: وهي سليمة في جسمها، عوضًا عن «صحيحة»، إذ لا يدخل في قوله: «صحيحة» غير العيوب الأربعة، الجنون، والجذام، والبرص، وداء الفرج.

---

(١) أخرجه مسلم (١٤١٩) من حديث أبي هريرة -رضي الله عنه.

(٢) «البيان والتحصيل» (٤ / ٣٧١).

فهذه الأربعة يكون للزوج أن يقوم بها ، والكلام عن هذه الأربعة قد تولته كتب الفقه فلا نطول بذكرها.

وقولنا: «وجواز» .

أمر احتراز من الولاية.

وقولنا: «وطوع» .

احتراز من الإكراه، إذا ادعى أحدهما الإكراه، ولو سقطت هذه القيود لكان العقد محمولاً على الصحة وجواز الأمر والطواعية حتى يثبت غير ذلك.

وقولنا: «وعرفهما».

هو الصواب، فإن لم يعرفهما وعرفهما عنده، فإن كان المشهود له أو عليه أتاه بمن عرفه أنه فلان أو فلانة فلا يشهد، وإن كان هو سأل المعرف فأخبره أنه فلان أو فلانة فليشهد.

وكذلك لو كان المعرف واحدًا رجلاً أو امرأة يثق به جاز.

فصل:

وقولنا في التقييد: إن كانت البكر في ولاية وصيّ يملك الإجبار عليها بجعل الأب له ذلك، على ما نص في التقييد فلا إشكال.

فلو قال في الإيصاء: فلان وصيّ، فقط، فهذا لا يملك الإجبار، ولا يزوجها حتى تبلغ وتأذن .

فلو قال له: زوجها من فلان أو ممن ترضاه.

أو قال له: زوجها، فقط، فهذه يزوجها قبل البلوغ وبعده كالأب.

ولو قال: وصي على بضاع بناتي، أو على تزويجهن، فلا يزوجهن حتى يبلغن ويرضين، قاله مالك في «كتاب محمد» و«الواضحة»(١).

---

(١) انظر: «النوادر والزيادات» (٤ / ٤٠١)، والبيان والتحصيل» (٥ / ١٢٠) «المدونة» (٤ / ٣٣٣).

قال عبد الحق(١): أراهم إنما فرقوا بين ذلك؛ لأن الأب إذا قال للوصي: زوجها فلانًا أو ممن ترضاه، أو زوجها فقط اقتضى هذا الفور ، فمتى زوجها قبل البلوغ أو بعده كان على مقتضى لفظه.

وأما إذا قال: «وصيٌّ» مطلقًا، أو: «على بضع بناتي»، فإنما هو على سنة الوصي.

قال عبد الحق(٢): وهذا عندي استحسان القياس: أنه لا يزوج إلا بعد البلوغ في سائر هذه الوجوه.

اللخمي: اختلف إذا لم يعين الأب الزوج وجعل ذلك إلى اجتهاده، فقيل: له جبرها على النكاح قبل البلوغ وبعده، وهذا هو المعروف من قول مالك.

وقال عبد الوهاب(٣): ليس له جبرها .

فخرج من هذا أن الوصي إذا عين الزوج له جبرها، ولا خلاف، إلا ما قال عبد الحق: إنه القياس.

وإذا لم يعين الزوج، وقال: «وصيٌّ» فقط فهذا لا يجبر.

ويختلف إذا قيل: «زَوِّجهَا» ولم يعين على قولين: فإن رشدها الوصي هل تستمر الولاية ويزوجها كما كان قبل الترشيد أم لا؟ في ذلك قولان:

قال ابن رشد: من تلقاء نفسه يزوجها.

وقال اللخمي: لا يزوجها.

فصل:

فإذا عقد صداق من يعقد عليه وصيٌّ أو مُقَدَّم من قاضٍ فلابد من نسخة الإيصاء أو التقديم أعلى رسم الصداق، إلا أن يضمن الشهود معرفة الإيصاء فتقول عند

---

(١) «النكت والفروق» (١ / ٢٠٩، ٢١٠).
(٢) «النكت والفروق» (١ / ٢١٠).
(٣) «المعونة» (٢ / ٧٣٣).

التاريخ: من يعرف الإيصاء أو التقديم.

وقال الباجي: وقد قال بعض أهل العلم: إن في العقد نقصانًا إذا قلت: « ممن يعرف الإيصاء» حتى تقول: «بإشهاد والد الزوجة أو والد الزوج على نفسها في عهده الذي توفي عنه كل واحد منهما، أو بإشهاد القاضي بذلك».

وإذا قلت: «معرفة الإيصاء»، ولم تفسره بما ذكرنا ، فيحتمل أن تكون المعرفة معرفة سماع أو معرفة إشهاد، فيتقي على الشهود إذا كانوا بحالة جهالة أن يشهدوا بمعرفة السماع، وذلك لا يجوز فإن كان الشهود من أهل العلم أن يقول: « ممن يعرف الإيصاء»، ولم يفسروا شيئًا، ويجوز ذلك من الشهود العالمين والظاهر من جواب ابن العطار: أن ذلك غير عامل في معرفة الإيصاء حتى يبينوا الوجه الذي عرفوه به.

وقولنا: «أنكحه إياها فلان الوصي».

فإن كان لها وليّ نسب فهل هو أولى من الوصي أو الوصي أولى منه، أو هما في ذلك سواء؟ ففي ذلك تنازع.

والذي ذهب إليه أكثر الشيوخ: أنه فَرَّقَ في «الكتاب» بين البكر والثيب، وأنه في البكر أولي، أغني: الوصي، وليس للأولياء معه في البكر قضاء .

وقال في الثيب : إن زوجها الوليّ والوصيّ ينكر جاز، وكذلك إن زوجها الوصيّ، والوليّ ينكر جاز [(١)].

وليس الوصي بمنزلة الأجنبي، فبعض الشيوخ نقل هذا على ظاهره سواء كانت الزوجة سفيهة أو رشدها الوصي، وينقلون في المسألة ثلاثة أقوال، يقولون في الثالث: إن الوصي أولى ويشاور الوليّ.

وذهب بعض الشيوخ: إلى أن هذه التي يجوز عليها عقد الوليّ، إنما هي الرشيدة، وأما المحجورة فكالبكر.

وقال سحنون[(٢)]: ليس الوصي لها بوليّ، يعني: الرشيدة.

---

(١) «المنتقى» (٣ / ٢٦٧)، و«فصول الأحكام» (ص/ ٢٠٤).

(٢) انظر: «النوادر والزيادات» (٤ / ٣٩٨ ـ ٤٠٧).

قال القاضي[١]: وهذا إذا قال الموصي: «فلان وصي» فقط، ولم يزد على هذه، ولو قال: «على إنكاح بناتي» لكان أولى على كل حال.

فحاصله: أن في الرشيدة ثلاثة أقوال:

أحدها: أن الوصي أولى من الوليّ، قاله أشهب[٢] ، وهو في «الواضحة».

الثاني: أن الوليّ أولى، وهو قول سحنون.

الثالث: وهو مذهب «الكتاب»[٣]: أن كل واحد منهما وليّ يعقد عليها، وهو الذي لأصبغ.

فإذا أنكحها الوليّ في الموضع الذي لا يجوز له العقد مع الوصي، فهل للوصي إجازة ذلك أم لا؟

فظاهر «الكتاب»: أن ذلك يجوز بإجازة الوصي .

قال بعض الشيوخ في مسألة «الكتاب»: جعله يجوز برضى الوصي بخلاف الأب إذا أفتيت عليه في ابنته البكر، أنه لا يجوز، وإن أجازه الأب، هذا هو المعروف.

وإن كان اللخمي خرج في ذلك قولاً بالجواز من مسألة الأمة إذا أفتيت على السيد فيها، فأجازه.

والفرق بينهما : أن الأب يملك الإجبار على ابنته، فإذا عقده غير الأب من الأولياء، صار كأنه عقده غير وليّ، إذ لم يصادف محلا، فعلى هذا كل من يملك الإجبار لا يجوز النكاح بإجازته، فتأمله .

وقولنا:« بما بذل لها من الصداق مهراً».

---

(١) «التنبيهات المستنبطة» (٢ / ٥٦٦، ٥٦٧).

(٢) «المدونة» (٢ / ١٠٩).

(٣) انظر: المدونة» (٢ / ١٠٩، ١١٠) وهو قول مالك، ويحيى بن سعيد.

أحسن إذ لابد من معرفتها إن كانت سفيهة بقدر الصداق، أو بصفة العروض، إن كان فيه، واستحسن بعض الشيوخ أن تنسب معرفة ذلك إليها، وإلى الوصي، وبه أخذ ابن العطار .

وقولنا: «أنكحه إياها فلان الوصي أو المقدم».

هذا الفصل إلى آخره يحتاج إلى استئمار الزوجة، والأصل في ذلك قوله عليه السلام: «**الثيب تعرب عن نفسها، والبكر تستأمر في نفسها إذنهما صماتها**»(١)، ولا إذن إلا للبالغة، فلو زُوِّجَت قبل البلوغ زوجها من ليس له إجبار أخ أو غيره، وزوجت من غير حاجة، ففي ذلك خلاف.

والمشهور: أن النكاح يفسخ قبل البناء وبعده وإن طال وولدت الأولاد، ذكره ابن حبيب وعزاه إلى مالك(٢).

إلا أن تكون محتاجة يخاف عليها الضيعة، انظر رسم شك في طوافه، من سماع عيسى من كتاب النكاح.

قال ابن رشد(٣): وجه استئمارها أن يقول لها وليها بمحضر الشهود: إني مزوجك من فلان.

قال في «الوثائق المجموعة»(٤): أو يقول لها الشهود ذلك، زاد في «الوثائق المجموعة»: ويكشف عن وجهها خيفة الإنكار.

وفيه فائدة أخرى: معرفة حالها من الرضى والضحك والبكاء.

وقولنا: «إن إذنها في ذلك صماتها».

إعلامها بذلك حسن، وقطع الخلاف، وهو في «المدونة» من قول الغير،

---

(١) تقدم.
(٢) انظر: «النوادر والزيادات» (٤ / ٥٥٦)، و«البيان والتحصيل» (٤ / ٢٨٣) والنص هنا له.
(٣) «البيان والتحصيل» (٤ / ٢٨٣).
(٤) غير موجود بالقطعة المطبوعة من «الوثائق المجموعة».

قال[١]: إذا كانت تعلم أن السكوت رضى ، وأنكره سحنون.

واختلف الشيوخ في ذلك فمنهم من حمله على الوفاق، ومنهم من حمله على الخلاف، فحمله سحنون على الخلاف.

قال عياض عن بعض شيوخه[٢]: ظاهر قوله: أنه شرط.

وقال عبد الوهاب[٣]: ليس بشرط في صحة الإذن، وحمله أكثرهم على الاستحباب.

وترجح فيه أبو عمران.

قال عبد الحميد الصائغ: إنما ينظر إلى حال هذه البكر، فإن كانت بلهة، فإنها تعلم أن السكوت رضى.

وقال أبو إسحاق: يقال لها ذلك ثلاث مرات، ويطيلون الجلوس عندها، واختلف في الضحك والبكاء، قيل في الضحك: ذلك رضى، وقيل: لا يكون رضى، ويحمل على الاستهزاء.

ورجح الشيوخ الأول، وقالوا في البكاء: لا يكون ذلك رضى، وقيل: ذلك منها رضى بالنكاح حتى تتكلم أنها لم ترض.

وقولنا: المهملة.

كناية عمن ليس عليها ولاية من وصي أو مقدم، أي: أهملت من النظر عليها.

وقولنا : في إنكاح الكافل والمربي.

اضطرب الشيوخ في إنكاح الكافل، هل يجوز في حياة الأب، أو لا يجوز إلا

---

(١) «المدونة» (٢ / ١٠٢).

(٢) «التنبيهات المستنبطة» (٢ / ٥٤٢، ٥٤٣).

(٣) «المعونة» (٢ / ٧١٨، ٧١٩)، و«عيون المسائل» (ص/ ٢٩٨)، و«الإشراف» (٣ / ٣٠٤، - ٣٠٥).

بعد وفاته؟، وهل يجبرها على النكاح كانت لأب أم لا؟، وهل للأولياء معه مقال أم لا؟، وفي حد زمن الكفالة.

وسبب الخلاف: ما وقع في «الأمهات» من قول مالك وابن القاسم قال[١]: أرى أن تزويجه عليها جائز.

قال مالك: ومن أنظر لها منه، فاختلف الشيوخ بسبب ذلك.

فقال القاضي عياض[٢] قال في «الواضحة»: معنى المسألة إذا مات أبوها، وغاب أهلها[٣]، وعلى هذا حمل الشيوخ المسألة أنها غير ذات أب، ولا يرون أن المكفولة يزوجها الحاضن في حياة الأب، وقيل: يريد إذا كان غائبًا.

وتأول بعض الشيوخ على «المدونة»: أنه بغير رضاهن، وهو وهم منه أو من النقلة عنه.

قال ابن رشد[٤]: قال في «المدونة»: «أرى تزويجه جائز عليها» يريد: بغير رضاها، والوجه في ذلك: أنه أنزله بالحضانة لها في حياة أبيها منزلة الوكيل على إنكاحها فلا يحتاج في ذلك إلى رضاها.

ثم نقل ابن رشد كلام ابن حبيب على غير ما نقله عياض .

وذهب ابن العطار: إلى أن الكافل لا يزوج ذات الأب إلا أن يكون غائبًا فيزوجها بغير رضاها، وحمل مسألة «المدونة» على هذا.

فاختلف الشيوخ في مسألة الكافل والحاضن على فرقتين:

فمنهم من يقول: يجبر الكافل، وهو الذي في «كتاب بعض المدنيين»، وإليه ذهب ابن رشد، وابن العطار.

---

(١) «المدونة» (٢ / ١١٢).

(٢) «التنبيهات المستنبطة» (٢ / ٥٤٢، ٥٤٣).

(٣) وهي «المكفولة». «الخرشي علي خليل» (٣ / ١٨١).

(٤) «البيان والتحصيل» (٤ / ٣٦٢).

ومنهم من قال: لا يزوج إلا بعد البلوغ برضاها.

والقائلون بهذا اختلفوا على ثلاثة أقوال: فمنهم من جعل الوليّ أولى منه.

قال ابن رشد[١] : المعلوم من المذهب أن الولي أولى منه ، وقيل أيضًا: هو كالوصي وهو أولى من الولي، وهذا تأويل ابن رشد على ما في «الواضحة».

وجعله ابن العطار كأحد الأولياء، فقال: الكافل والمربي والحاضن في غير ذات الأب كالوليّ.

ثم اختلف الشيوخ في مدة الكفالة التي يسمى بها الحاضن كافلاً يجوز فعله، فذكر عن بعض الموثقين أنه قال: أقل ما تحصل به الكفالة عشر سنين.

وقال بعض الشيوخ : الأحسن ألا يكون في ذلك جداً قدر ما تقع به الشفقة والحنانة.

قال الشيخ أبو محمد صالح: رأيت في «تعاليقي»: أن أقله أربعة أعوام، ولا أدري من أين نقلته .

واختلف أيضًا إذا زوجت المكفولة بولاية الكافل، ثم طلقها الزوج طلقة مملكة ملكها بها أمرها، هل يراجعها بولاية الكافل أم لا؟

فقال ابن عتاب: يراجعها.

وقال ابن العطار: لا يراجعها.

وقال ابن الطلاع: إذا كان رجلاً صالحًا فكما قال ابن عتاب، وإن لم يكن كذلك فكما قال الآخر، فلو أرادت نكاح غيره، فقيل: إن عادت إلى الكافل فكانت في كفالته زوجها، وإن لم تعد لكفالته فلا يزوجها، ولا فرق بين هذه وبين الأولى فيكون قولاً رابعًا في المسألة.

---

(١) «البيان والتحصيل» (٤ / ٣٦١ ـ ٣٦٣).

واختلف هل يزوجها الكافل سواء كانت شريفة أو دنيئة؟ في ذلك قولان.

واختلف هل للكافل أن يوكل على إنكاحها كسائر الأولياء أم لا؟ فمنعه ابن سهل[١]، وأجازه ابن رشد[٢] في رسم شك في طوافه من كتاب النكاح.

وقال ابن زرب: إن المرأة إذا كفلت يتيمة لم يكن لها تزويجها، وهي بخلاف الرجل.

وقولنا: «إن كانت رشيدة رشدها أبوها».

فيكون حالها كالثيب يسقط جبر الأب إياها على النكاح، واختلف فيها هل يكون الإشهاد عليها كالثيب أو كاليتيمة؟ في ذلك قولان:

قال الباجي[٣]: السماع منها كالثيب.

وقال ابن لبابة في «وثائقه»: أما رضاها بالنكاح، فالسكوت يجزئ، وإن كان رَشَّدَهَا أبوها، فإنه أطلقها من ولايته، وهي بكر فصار كأخ أو عم، والأول هو المشهور وعليه العمل.

وهل تسقط نفقة الأب عنها أم لا؟

فالمشهور: أن النفقة باقية عليها ببقاء البكارة.

وقولنا: «في إنكاح الثيب بإذنها ورضاها وتفويضها ذلك إليه».

صواب، فإنه اختلف هل يحتاج إلى تفويض الزوجة إلى الوليّ أم لا؟

فقال ابن عبد الغفور[٤]: **عن ابن القاسم**: لابد أن تذكر تفويض المرأة إلى الوليّ.

قال فضل: وهو أجمع الاختلاف.

---

(١) «البيان والتحصيل» (٤ / ٣٦٢).

(٢) «الإعلام بنوازل الأحكام» (١ / ٥٥).

(٣) «فصول الأحكام» (ص / ٢٠٤).

(٤) «معين الحكام» (١ / ٢١٩).

وفي «الاستغناء»: قال: مذهب الشيوخ أن تذكر في صداق المنكوحات من النساء التفويض للوليّ ما لم يكن أبًا في البكر خاصة، وكل حسن جائز.

قال بعض الشيوخ: ذلك جار على الاختلاف في الولاية، هل هى حق للمرأة أو حق للوليّ؟، فإذا قلنا: إن ذلك حق لـلمرأة ، كان لها التـعيين، وإن قلنا : إن ذلك حق للوليّ، لم يكن للمرأة تعيين.

وفرق ابن زرب بين البكر والثـيب ، فقـال: للثيب أن تفـوض وليس للبكر أن تفوض، انظر «وثائق ابن فتحون».

فلو كان للمرأة أوليـاء وبعضهم أقعد من بعض فـالنكاح إلى الأقرب، فإن زَوَّجَ الأبعد مع وجود الأقعد، ففي ذلك خلاف :

فقال مالك وابن القاسم: النكاح ماض .

وقال سحنون: ينظر السلطان.

وقال آخرون: للأقرب أن يجيز أو يرد إلا أن يتطاول وتلد الأولاد.

وقال عياض(١): مشهـور المذهب، وظاهر «الكتاب»: إجازة ابن القـاسم فيه إذا وقع ومنعه ابتداء.

وقد تأول بعض الشيوخ: إجازة فعله ابتداء، والثيب التي سـقط الإجبار عنها ما كانت عن نكاح صحيح أو فاسد مختلف ، وفي فساده أو مجمع عليه، أو على وجه الملك، كان ذلك الملك بوجه صحيح أو فاسد.

واختـلف إذا كانت الإصـابة عن زنا أو غصب فـالمشهـور: أنها كـالبكر ، وهو مذهب «المدونة» .

وقال ابن الجلاب(٢) : الثيب بالزنا كالثيب بالنكاح .

---

(١) «إكمال المعلم» (٤ / ٥٦٩).

(٢) «التفريع» (١ / ٣٦٣).

وقال عبد الوهاب[١]: إذا تكرر ذلك منها لم يجبرها.

فهذه ثلاثة أقوال، وفيها قول رابع: أنها كالثيب فلا يزوجها إلا بإذنها، ورضاها، وإذنها صماتها.

فلو زوجها أبوها، ودخل بها زوجها، وطلقها قبل البلوغ ، فهل يستمر الإجبار أم لا؟

فقال سحنون[٢]: يجبرها مطلقًا.

وقال أبو تمام: لا يجبرها مطلقًا.

وقال أشهب: يجبرها قبل البلوغ، ولا يجبرها بعده.

وعلى هذا يحمل مذهب «الكتاب».

وحكى ابن محرز عن ابن القاسم مثل قول أشهب، انظر سماع عيسى من كتاب النكاح.

وفي الرسم المذكور [٣]: قلت: أرأيت الصغيرة التي لم تحض إذا دخل بها زوجها، ثم طلقها أو مات عنها قبل أن تحيض ، أتلزم أباها النفقة عليها؟

قال: نعم.

قلت: أرأيت إن حاضت بعد أن رجعت، أتلزمه النفقة عليها وهو لا يستطيع أن يزوجها إلا بمؤامرتها ؟

قال: لا تلزمه نفقتها إذا حاضت ، وذلك مما ليس فيه شك.

وقولنا: وكذلك البكر المعنس... إلى آخره.

---

(١) «المعونة» (٢ / ٧٢١).

(٢) انظر: «المنتقى» (٣ / ٢٧٠ ـ ٢٧٤)، و«البيان والتحصيل» (٤ / ٤٠٩).

(٣) «البيان والتحصيل» (٤ / ٤٠٨).

وهي مما اختلف في جبرها على النكاح.

وقولنا: «وتقيد الإشهاد على الثلاثة».

هذا مما لابد منه، فإن تأخر الإشهاد على أحدهم: الزوج أو الزوجة أو الولي حتى طال، مثل أن يعقد الولي على الزوجة، ويتأخر إعلامها، أو يعقد الأب على ابنه البالغ المالك لأمره، أو ينعقد النكاح بين الزوجين، ويتأخر إعلام الولي، الحكم في ذلك كله سواء، وهو النكاح الموقوف(١)، وقد اختلف على ثلاثة أقوال:

الأول: النكاح جائز قرب أو بعد.

الثاني: عكسه، لا يجوز قرب أو بعد.

الثالث: وهو المشهور : إن قرب جائز، وإن بعد لم يجز.

ثم اختلف في حد القرب.

فقال سحنون وأصبغ: اليوم واليومان.

وقال أبو عمران: ما حد القرب فالأقرب عندي على مذهب «الكتاب»، أن يكون كما قال عيسى: أن يعقداه في السوق أو في المسجد ثم يسير إليها.

وسبب الخلاف بين القولين المتقابلين: الخيار الحكمي، هل هو كالخيار الشرطي أم لا؟

والقول بالتفرقة استحسان .

قال القاضي(٢): وهذا كله ما لم يغربا فتيان عليها أو عليه، فإنه يفسخ قرب أو بعد؛ لأنهما دخلا على خيار، وما لم يَدَّع - أيضًا - الوكالة، فإن ادعاها عند العقد ووافقت أو وافق فإنه جائز قرب أو بعد.

---

(١) قال ابن عرفة: «هو أن يعقد الوليّ نكاحها، يوقفه على إجازتها، ويذكر أنه لم يعلمها بذلك». اهـ. «شرح حدود ابن عرفة» (١ / ١٥٩).

(٢) «التنبيهات المستنبطة» (٢ / ٥٥٠، ٥٥١).

فتأملها ثلاثة أوجه، ومحل الثلاثة الأقــوال: إذا وقع الأمر مبهمًا لم يَدَّع الوكالة ولم يغربا فـتيــان، وإذا قلنا بالفسخ فقـيل: يفسخ قــبل ويثبت بعــد، وهو قول ابن القاسم.

وقال أصبغ: يفسخ أبدًا قبل وبعد.

وقال أيضًا: يؤمران بالفسخ من غير حكم.

وقال ابن القاسم أيضًا: يفسخ بعد ما لم يطل.

فلابن القاسم قولان، ولأصبغ قولان.

وهل يتوارثان قبل الفسخ أم لا؟

قولان، وهل يفسخ بطلاق أو بغير طلاق؟ قولان.

وقولنا في استئمار الصغيرة: «لابد لها من النطق».

هو الصواب الذي لابد منه؛ لقوله عليه السلام : «**ولا إذن إلا للبالغة**»[١].

والأصل كان النطق في الجـميع، فجـاء ما جاء فـي البالغة وبقي مــا عداه على الأصل.

قال بعض الموثقين: وكذلك المُرَشَّدة والمُعَنَّسة وقد تقدم حكمهما.

وكذلك إذا سـيق لليتـيمــة عرض لنسبــة المعرفــة إليها ، إذا لم يكــن لها وليّ، وكذلك مَنْ زَوَّجَهــا وليها بغير رضاها، ثم أعــلمت بالقرب، وكذلك من زوجت من عبد أو من فيه بقية رِقٍ وكذلك إن زوجت من ذي عاهة.

وقولنا: «إن كانت الزوجة أمة»... إلى آخره.

وأن للسيد جبرها على النكاح هذا بَيِّن إذ للسيــد إجبار أمته على النكاح، ما لم

---

(١) تقدم.

يقصد بذلك الضرر فيمنع ، قاله في «كتاب محمد»[١] مثل الجارية المرتفعة لها الحال يزوجها من عبده الأسود على وجه غير الصلاح، فهذا لا يجوز ، وهذا ضرر بين ، فإن زوجها من حر، فهل يحتاج الحر إلى شرط أم لا؟

قيل: لا يتزوج الحر الأمة ، إلا بشرط خشية العِنَّة.

زاد ابن يونس في نقله: ولم يجد للحرائر طولاً.

وهو قولنا في عقد نكاحها: «لما خشي... »إلى آخره .

قال ابن حبيب: العنة: الزنا.

وقال أبو عمران: إنه الهَوْر[٢].

قال اللخمي: نكاح الأمة المسلمة جائز ومختلف فيه، فالجائز على ثلاثة أوجه:

أحدها: نكاح الحر كل أمة، يكون ولده منها حرا، مثل نكاح أمة الأب، أو الأم أو الأجداد والجدات.

الثاني: نكاح من لا يخشى منه حمل كالحصور والخصى والمجبوب، والشيخ الفاني.

والثالث: نكاح العبد فهو جائز على الإطلاق وإن لم يخش العِنَّة.

والمختلف فيه نكاح الحر الأمة، يكون ولده منها رقيقًا، فمنع مالك ذلك مرة إلا بوجود شرطين: عدم الطَّوْل للحرة، وخشي العِنَّة.

وأجازه مرة من غير شرط.

---

(١) قال الباجي: «وقد أجمعنا على أن للسيد إجبار أمته على النكاح، فيجب أن يكون العبد بمنزلتها، وهذا مذهب القاضي أبي محمد في استدلاله بالقرائن، ومن جهة المعنى: من يملك رقه يملك إجباره على النكاح كالأمة». ا هـ. «المنتقى» (٣ / ٣٣٨).

(٢) يقال: رجل هار: ضعيف في أمره « العين » (٤/ ٨٢) و «تهذيب اللغة» (٦/ ٢١٧).

وأكثر قول مالك: المنع.

وابن القاسم: الإجازة [(١)].

انظر اللخمي، فإن زوجها غير سيدها، ثم علم سيدها بذلك، وأراد فسخه فذلك له، وإن أراد الإجازة، فالمشهور: أن ذلك لا يجوز بإجازة السيد.

وحكى عبد الوهاب: أن ذلك يجوز بإجازة السيد، انظر اللخمي.

وقولنا: «وكذلك إن كانت أم ولد أومدبرة».

هذا هو المشهور، وأن للسيد جبرها.

وقد حكى الشيوخ في ذلك خلافًا ، فجمع بين هؤلاء وبين من فيه علقة حرية من الذكران والإناث.

وحكي في الجميع أربعة أقوال:

أحدها: له جبرهم مطلقًا؛ لأنهم الآن على الرق.

والثاني: ليس له جبرهم للشبهة التي لهم من الحرية بالعقد الذي عقد لهم.

الثالث: له جبر من له انتزاع ماله دون من ليس له انتزاع ماله، فيمنع من جبر المكاتبة وأم الولد، والمدبرة إذا مرض السيد، ومن إجبار المعتق إلى أجل إذا قرب الأجل.

الرابع: له جبر الذكور دون الإناث، لأن الذكر بيده الطلاق.

فإذا زوجت هذه الأمة، فمذهب «المدونة»[(٢)] : أن النفقة لازمة للزوج، سواء بوأها معه بيتًا أم لا.

---

(١) انظر: «البيان والتحصيل» (٤ / ٣٩٠)، و«المقدمات» (١ / ٤٦٦).
(٢) «المدونة» (٢ / ٥٠).

وقال أشهب: لا نفقة لها مطلقًا، وقيل بالتفـرقة بين أن تبوأ معه بيتًا أم لا، فإن تبوأت معه بيتًا، كانت النفقة على الزوج وإلا فعلى السيد.

وروي عن مالك: أن النفقة على من تبيت عنده من زوج أو سيد.

وقال عبد الملك: نفقتها على الزوج في حال كونها عنده، ونفقتها على السيد إذا انصرفت إليه وكانت عنده.

وقولنا: «فإن كان الزوج صغيراً في ولاية والد أو وصي...» إلى آخره.

وأن للناظر له جبره على النكاح هذا هو المشهور في الأب وغيره.

وقال عـياض: أما الأب فلا خـلاف في جبره ولده الصغـير، وأن ذلك جائز له عند أهل العلم، وقد قـيل ذلك في كتاب الخلع، إذا كان فـيه [الغبطة][١] والرغبة، كنكاحه من المرأة الموسرة.

وهو نحو قول المخزومي في اليتيم.

قال اللـخمي: للأب أن يجبـر ولده الصغـير ويختلف فـيه إذا كـان الابن بالغًا سفيهًا، واختلف في جبر الوصيّ من في ولايته من صغير أو كبير سفيه، وليس ذلك للوليّ في صغير أو كـبير سفيه، فأجـاز في «الكتاب» أن يزوج الوصي من في ولايته من صغير[٢] .

وقال في «كتاب محمد»: ليس له في هذا نظر، ولا يعجبني.

وقال المخزومي في «كتاب المدنيين»: إن كانت امرأة ذات شرف ومال أو ابنة عم جاز.

وقولنا: «إن كان بالغًا...» إلى آخره.

اختلف في إجـبار السفيـه البالغ إذا كان لنظر أبيـه أو وصيه أو لنظر مـقدم من

(١) في ب: الخطبة.

(٢) «البيان والتحصيل» (٤ / ٤٨٧).

قاض، فأجاز ابن القاسم إجباره ، ومنعه ابن الماجشون إلا برضاه.

وقد وقع في «المدونة» ما ظاهره جواز جبره فقال[١]: ولا يجبر أحد أحدًا على النكاح إلا الأب في ابنته البكر، وفي ابنته الصغيرة والولي في يتيمة.

قال عياض: قد يحتمل قوله: «والولي في يتيمة» أن يريد الكبير .

وقد وقع له في موضع إذا زوج ابنه الذي بلغ، قال: «لا يلزمه النكاح»، وذكر المسألة وقال في آخرها: «إذا كان الابن قد ملك أمره» فقد يحتج به لإجبار السفيه البالغ، وهو نص ما لابن القاسم في سماع عيسى من «العتبية»[٢].

وقال ابن حبيب: وقد تأول بعضهم قوله: «ملك أمره» أي: نفسه لا ماله.

وفي «المدونة»[٣] خلاف هذا أيضًا.

قال في كتاب الخلع[٤]: إلا برضاها.

وقولنا: وقبله الأب والوصي لما ظهر له في ذلك من الصلاح والسداد.

بيِّن إذ فعلهما معًا محمول على النظر والسداد حتى يثبت خلافه، وقيل: الوصيّ بخلاف الأب، وقيل غير ذلك، والأول هو المشهور.

وقولنا في تزويج الصغير :«لابد في الصداق أن تبين على من هو، هل على الابن أو على الأب»؟.

إذ في إهمال هذا الفصل اضطراب، فإن جعله على الابن، وكان للابن حين النكاح مال فهو عليه ولا إشكال، وإن لم يكن للابن مال فهو في مال الأب، وإن جعله الأب على الابن لم يكن على الابن من ذلك شيء.

(١) «المدونة» (٢ / ٢٥٢).
(٢) «البيان والتحصيل» (١٦ / ١٤٣).
(٣) «المدونة» (٢ / ١١٤).
(٤) «المدونة» (٢ / ٢٥٣).

وقال اللخمي : إن زَوَّجَ الأب ابنه وهو صغير أو كبير سفيه كان الصداق على ثلاثة أوجه، إما أن يشترطه على نفسه، أو على ولده، أو يطلق العقد ولا يشترط، والولد صغير أو كبير موسر أو معسر، فإن اشترطه على نفسه لم يؤخذ به الابن موسرًا كان أو معسرًا صغيرًا أو كبيرًا؛ لأن ذلك من الأب على وجه الحمل، سواء قال: أنا أحمله أو أنا أضمنه ؛ لأن العادة ضمان الأب لذلك على وجه الحمل.

وإن اشترطه على الابن ، وأطلق العقد، والابن موسرًا كان على الابن، وإن كان معسرًا وأطلق العقد كان على الأب.

قال مالك: يؤخذ به في حياته ومن رأس ماله بعد مماته.

واختلف إذا اشترطه على الابن وهو معسر.

فقال ابن القاسم: يكون على الأب.

وقال أصبغ: ذلك على الابن كما شرط بمنزلة: [أنَّ مَنْ](١) اشترى له سلعة وكتب الثمن عليه.

وقد ضَمَّنَ ابن فتحون ـ رحمه الله ـ في صداق الصغير، إذا عقده عليه أبوه أو وصيه ممن يعرف صغر الابن في حين عقد النكاح، وأن الصداق الذي زوجه به أبوه صداق مثلها لمثله، وأنه مليّ الذمة به، وبما ألزمه أبوه منه.

ثم قال: وقولنا: « إن الصداق الذي زوجه أبوه صداق مثلها لمثله».

هو الصواب؛ لأنه إن زوجه بأكثر ما يتغابن الناس في مثله، فإن الخيار يثبت له بعد بلوغه ورشده في أن يبدل المسمى، فيلزمه النكاح، أو يمتنع منه فلا يلزمه.

وقولنا: «إنه مليّ الذمة بما ألزمه أبوه» .

هو الصواب؛ لأنه إن كان فقيرًا فلا ينبغي للأب أن يكتب عليه شيئًا، فإن كتبه، فقال ابن القاسم: لا يتبع الابن بذلك، وهو عليه.

---

(١) في ج : أن لو.

وقال أصبغ: هو على الابن. انتهى.

فإن كان الأب ألزمه في عقد النكاح شروطًا.

قال فضل: قلت: إن الأب ألزمه الشروط على وجه النظر، ولما رآه من الغبطة في ذلك، والسداد .

فإن وقع النكاح على شروط ألزمها الأب للصغير، فاختلف في ذلك، فوقع لابن وهب في «العتبية»(١) : أن الابن الصغير يلزمه ما عقده عليه أبوه من الشروط دخل بها أو لم يدخل؛ لأنه الناظر له.

قال ابن مغيث: ولابن القاسم في «إرخاء الستور» (٢) مثله إذا بارى عنه أبوه، أو وصيه على وجه النظر جاز ذلك عليه؛ والأصل واحد.

وقيل: لا تلزمه الشروط، ويكون له الخيار إذا بلغ بين التزامها أو حل النكاح عنه إلا أن ترضى المرأة بإسقاط الشروط، فيثبت النكاح.

وذكر ابن العطار: إن الإباية والإسقاط في المحجور عليها للمولى لا لها، ولا يصح ذلك، والصواب ما تقدم.

فإذا أبيا وتفاسخا النكاح بينهما فطلقها، فهل يلزم الزوج الصداق أم لا؟ في ذلك قولان:

قيل: يلزمه نصف الصداق، ورواه ابن المواز عن ابن القاسم، وروى عنه ابن المواز أيضًا: إنه لا يلزمه شيء، ومثله روى ابن حبيب عنه.

وعن ابن الماجشون، ورواه أصبغ أيضًا عن ابن القاسم في «المجالس».

قال بعض الموثقين: وهو الصواب، وبه القضاء عنده؛ لأن معنى التخيير: أن يسقط المهر إن اختار التفرقة.

(١) «البيان والتحصيل» (٥ / ١٢٨).
(٢) «التهذيب» (٢ / ٢٣٥).

وقال المتيطي في الأول عن بعض الموثقين: إنه المعمول به، وإن دخل بزوجه بعد بلوغه، وعلمه بها، ولم ينكرها لزمته، وقيل: لا تلزمه، ولو بنى بها قبل البلوغ لسقط عنه الشرط سواء علم بها أو لم يعلم؛ لأن إباحتها البناء لمن لا تلزمه الشروط رضى منها بإسقاطها، فإن دخل بها بعد البلوغ، ولم يعلم بالشروط، ولا وقف عليها لم تلزمه، وسقطت عنه.

قال ابن العطار: ولو بنى بها، ثم قال بعد البناء: «لم أعلم بها»، لم ينفعه ذلك، والشروط تلزمه ولا يُصَدَّق.

وقال ابن الفخار: إن ادعى أنه لم يعلم، فروى أبو زيد عن ابن القاسم: إن القول قوله مع يمينه أنه لم يعلم بها، ولو اختلف بعد أن بلغ وملك أمر نفسه.

فقال المنكح: لما بلغت وملكتَ أمر نفسك التزمت الشروط، وأنكر الناكح لزمت الناكح اليمين وله ردها على مهره.

ولو طلقها قبل العلم بالشروط لم يلزمه شيء من الصداق؛ لثبوت الخيار له في ذلك ، إلا أن يقع الطلاق بعد رضاها بإسقاط الشروط، فيلزمه نصف الصداق، رواه ابن المواز عن ابن القاسم، وخالفه، ورأى أن عليه نصف الصداق إذا طلق قبل العلم بالشروط. انظر «ابن فتحون».

وقد اختلف في هذا الأصل فيمن علم عيبًا يوجب الرَّد قبل الطلاق، فلم يرد حتى طلق، وكذلك من اشترى سلعة بها عيبًا لم يعلم به حتى باعها من بائعها بأقل من الثمن هل يرجع عليه بتمام الثمن أم لا؟ وكذلك هذا إذا بلغ كان له أن يرد نفسها عليها.

وقولنا: «إن كان الزوج عبداً...» إلى آخره.

إذا أذن له السيد في النكاح، فنكح، فالصداق في ذمته، هذا مما لا إشكال فيه، وإن عقد عليه السيد، فقال ابن القاسم: الصداق في ذمته، وقال ربيعة: هو على السيد، فينبغي أن يتحرز من هذا الخلاف، ويبين ذلك في هذا الصداق ، فإذا تزوج

العبد، ولزم ذمته صداق أو غيره، فلا يؤخذ ذلك من خراجه، [وعمل][١] يديه، ولا مما لا فضل في يده من ذلك، وإنما يؤخذ مما أفاد العبد بـهبة أو صدقة أو وصية؛ لأن القاعدة: أن الديون إنما تتعلق بالذمم والأموال، ولا تتعلق بالرقاب ولا بالمنافع، فلا يباع، ولا يستعمل في الديون كما لا يستعمل الحر، وقد جعل اللخمي الحر على ثلاثة، انظره في كتاب المديان.

ولو تزوج هذا العبد بغير إذن سيده، وعلم بذلك السيد، وسكت ولم ينكره سقط حقه في التفرقة، ولا يدخل في ذلك الخلاف الذي في السكوت هل هو إذن أم لا؟ انظر ذلك في رسم الرهون من سماع عيسى[٢].

وقولنا في صداق الكتابية:«إنه كصداق المسلمة سواء»، ولابد أن تبين أنها نصرانية، أو يهودية ، وعلم الزوج بذلك، فإن تزوجها، ولم يعلم أنها نصرانية فلا حجة له في ذلك حتى يشترط أنها مسلمة، أو يظهر ويعلم أنه إنما تزوجها على أنها مسلمة لما كان يسمع، فهذا كالشرط.

قال بعض الشيوخ[٣]: إن تزوج على أنها مسلمة فوجدها كافرة، فالنكاح باطل؛ لأن نكاح المشركة لا يجوز.

وإن كانت كتابية فقد قال بعض العلماء: النكاح باطل؛ لأنه إنما طابت نفسه بنكاح المسلمة لا الكافرة.

قال: ولو تزوجها على أنها كتابية فوجدها مسلمة، فقال أكثر العلماء: النكاح صحيح؛ لأن الرغبة في المسلمة أكثر منها في الكافرة، وكذلك في الشراء؛ لأنه فوق الصفة التي شرط.

---

(١) في ج: وعلى.

(٢) «البيان والتحصيل» (٤ / ٤٥٩)، و(٧ / ٢٦١).

(٣) انظر: «النوادر والزيادات» (٤ / ٥٢٧)، و«البيان والتحصيل» (٤ / ٤٦٠)، و«الذخيرة» (٥/ ٥٣).

فإن قال قائل: قد يجوز أن يكون شراؤه الكافرة ليمين لزمته ، أراد أن يبرها أو غير ذلك، قيل: وكذلك في النكاح.

قال: والقول الأول أكثر وأشهر.

ويكره أن يعقد نكاح أهل الكتاب على شروط المسلمين، وأن يَحْضُر ذلك المسلمون أو يوقعوا في ذلك شهادتهم، لأنهم إذا أسلموا لم يلزمهم ذلك، وترك عقد نكاحهم وترك شهوده أحسن عند أهل العلم.

قال ابن أبي زيد[١]: إنما يكره الكتاب بينهم لأنهم كافرون لا شريعة لهم، لأنهم قد بدلوا الإنجيل.

فإن قالوا: إن شهادتنا لا يقضي بها المسلمون.

قيل: يكره ذلك من أجل أن يؤاجر منهم نفسه وهم كفار، فإن كانت لهم كاتب عقده على ما تقدم ويختصر ولا يطول، ولا يذكر فريضة الله، ولا سنة رسول الله ﷺ ويلي عقد نكاح هذه الكتابية وليها من أهل دينها.

وهل يجبر على إنكاحها من مسلم أم لا؟

فقال في «المدونة»[٢]: ويعقد النصراني نكاح وليته النصرانية لمسلم إن شاء.

قال بعض الشيوخ: يحتمل أن ترجع المشيئة للمسلم؛ لأنه أقرب مذكور، وعلى النصراني؛ لأن به صدق الكلام.

وإذ لا يجبر النصراني على عقد نكاح وليته النصرانية، ولا يعرض لهم في ذلك.

وسئل ابن زرب عن الذمية إذا أرادت النكاح، ومنعها أهل دينها لزم السلطان أن يجبرهم على إنكاحها، لأن منعهم لها من الظلم، ويجب أن يمنعوا من ظلم بعضهم لبعض، ولو ذهبت إلى نكاح مسلم لم يجبرهم على العقد عليها، وهو خلاف

---

(١) النوادر (٣ / ٩٩).

(٢) «التهذيب» (٢ / ١٥٠).

النصراني، فتأمله.

ولا يعقد مسلم نكاح هذه النصرانية إذا كانت من نساء أهل الجزية، وإن كانت معتقة لمسلم جاز.

وقولنا: في فصل الحمل والحمالة... إلى آخره.

قد أطال الشيوخ الكلام في هذا الباب، والذي يحصره لك أن تقول: الألفاظ في هذا الباب ثلاثة: الحمل، والحمالة، والضمان:

الأول: أن يقول: حمل فلان.

الثاني: أن يقول: تحمل .

الثالث: أن يقول: ضمن.

فلفظ: «الحمل» يقتضي أن لا رجوع على المحمول عليه سواء كان في أصل العقد أو بعده، إلا أنهم اختلفوا إذا كان بعد العقد، هل يفتقر إلى حياة أم لا؟

وأما لفظ: «الحمالة» فيقتضي الرجوع على المحتمل عنه كان في أصل العقد أو بعده.

وهل البداية بالمطلوب أو الطالب؟ مخير يجري ذلك على اختلاف الروايتين عن مالك.

وأما لفظ: «الضمان»، فإن كان في أصل العقد فهو محمول على الحمل، ولا رجوع له ، هذا مذهب «المدونة».

وفي سماع سحنون عن ابن القاسم ، وقول ابن حبيب، وروى عيسى عن ابن القاسم في غير «العتبية» : إنه على الحمالة، وله الرجوع حتى يتبين أنه حمل.

ومحل الخلاف إنما هو مع الإبهام، أما إذا اشترط الرجوع أو عدمه فلا إشكال.

ولو كان ذلك بعد العقد في النكاح أو غيره من المعاوضات فهو محمول على

الرجوع، هذا تقرير كلامهم، وإن كان لا فرق بين لفظ «الحمل» و«الحمالة» في عرف اللغة؛ لأنهما جميعًا مصدران من حمل يحمل حملاً وحمالة.

هذا الكلام على «الحمل» و«الحمالة» من حيث الجملة فإن أراد انعقاد أحد هذه الوجوه، فيبين ذلك بلفظ بَيِّنٍ غير محتمل ولا مجمل، فيقول: إن [أردت][1] إلا رجوع حمل فلان [كذا][2] عن فلان حملاً لا حمالة، وتبين أن النكاح انعقد على ذلك كما تقدم، فإذا وقع هذا على هذا اللفظ فهو لازم للحامل يطلب به، دون الزوج في يساره وعدمه، وفي حياته وبعد وفاته؛ لأن ذلك كالدَّين لثبوت النكاح باستقراره ، وأما لو كان بعد عقده النكاح بيان وإيضاح ، وبعد ثبوت المهر على الزوج لكان حكمه حكم سائر الهبات فيؤخذ به في حياته، ويبطل بعد وفاته كهبة لم تقبض، هذا قول ابن القاسم.

وقال ابن الماجشون: يلزمه في حياته وبعد مماته، فإذا كان الحمل في عقد النكاح كما تقدم ذكره فللمرأة الامتناع من الزوج حتى يدفع إليها، فإن أعدم لم يكن للزوج سبيل إليها إلا بدفع نقدها، فإن دفعه وابتنى بها كان له اتباع الحمل به في العدم واليسار.

ولو أن المرأة أباحت نفسها حين أعدم الحامل ثم مات عن غير مال لم يكن لها قِبَل زوجها شيء؛ لأنها قد بذلت نفسها ورضيت بإسقاطه عنه، بخلاف إذا لم يدخل بها، ولابد في رسم التحمل من ذكر الصحة، وجواز الأمر؛ لأنه إن كان الحامل مريضًا ، وكان أبًا للزوج، فلا يجوز حمله؛ لأن ذلك وصية منه لابنه.

وأما إن كان الحامل أبًا للزوجة ففي ذلك عن مالك قولان.

وسبب الخلاف: هل ذلك وصية للبنت؟ فلا تجوز، وهذه رواية ابن القاسم، أو ذلك وصية للزوج؟ فتجوز وهذه رواية مطرف وابن الماجشون.

---

(١) في أ، ب: أراد.
(٢) سقط من أ.

قال ابن حبيب: هذا إذا كان مثل صداق مثلها فأقل ، فإن كان أكثر فالزائد وصية لابنته لا تجوز، ويكون الزوج مخيرًا إن شاء أخرجه من ماله، أو فارق ولم يلزمه شيء.

وأما إن كان الحامل أجنبيا، وكان صحيحًا فلا إشكال، وإن كان مريضًا فينفذ ذلك في ثلثه؛ لأنها وصية منه وإن أراد فالحمل الرجوع، فتقول: «تحمل فلان عن فلان بكذا تحملاً لازمًا لماله وذمته» فإن كان ذلك، كان الصداق في ذمة الزوج.

وهل البداية بالمطلوب أو بغيره ؟ تقدم، وإن كان بلفظ الضمان جرى ذلك على الخلاف، إن كان في أصل العقد، فتأمل ذلك، فإن وقع البيان في هذه الألفاظ أن النكاح إن عقد عليها أو إنها بعد العقد فلا إشكال ، وإن وقع الأمر مبهمًا ولم يزد على أن يقول: تحمل فلان أو التزم فلان أو ضمن فلان، ولم يقل: لا في عقد النكاح ولا بعده، ثم اختلف في ذلك ففي ذلك قولان: هل يحمل على أن النكاح انعقد عليها أو على أن ذلك بعد العقد؟ فتأمله، ومثله يأتي في باب الشروط .

فصل:

كره مالك الشروط في عقد النكاح، وقال(١): لا ينبغي لأحد أن يشهد في كتاب فيه شروط، وهي غير لازمة للزوج إذا كانت بغير يمين ، إلا أنه يستحب له الوفاء بها، لقوله ﷺ: «**إن أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج**» (٢) - أخرجه البخاري ومسلم- وما انعقد منها بيمين أو بتمليك فهي لازمة .

ولا تخلو هذه الشروط أن تكون في العقد، أو تطوع الزوج بها بعد ذلك، فإن كانت في عقد النكاح، قلت: والتزم الزوج لزوجته في عقد نكاحها كذا، إلى آخره.

وإن كان الزوج تبرع بها، قلت: والتزم الزوج لزوجه متبرعًا طائعًا كذا إلى آخره. ولو عقدها عاقد وأبهم الأمر، ولم يذكر إلا قوله: والتزم الزوج لزوجه كذا،

---

(١) انظر: «البيان والتحصيل» (٤ / ٤٤٣).

(٢) أخرجه البخاري (٢٧٢١)، ومسلم (١٤١٨) من حديث عقبة بن عامر -رضي الله عنه.

ثم اختلفا بعد ذلك، فحكى ابن العطار أنها محمولة على أن الزوج تطوع بها.

وحكى الشيخ أبو الوليد[١]: أنها محمولة على أن النكاح انعقد عليها.

قال ابن فتحون: وفائدة الفرق بين الشرط وعدمه، إنما هو في التمليك خاصة لا في ما علق به من طلاق الداخلة، وعتق السرية وأم الولد.

فإن كانت في العقد، وقضت بأكثر من واحدة لم يكن له أن يناكرها، وإن كانت على الطوع كان له أن يناكرها، هذا الكلام على الشروط من حيث الجملة.

ولنرجع إلى الألفاظ مما تقرر من رسومه.

فقولنا: «أن الداخلة عليها...» إلى آخره.

إن وقع هذا الشرط، فيلزمه إن تزوج عليها وقوع الطلاق في الداخلة بنفس العقد عليها واحدة إلا أن يزيد في النص «ثلاثًا» فيكون ذلك كما شرط.

وقد ذهب بعض العلماء: إلى أنها ثلاث، فمن أراد أن يخرج من الخلاف فيقول: فالداخلة عليها طالق طلقة واحدة أو ثلاثًا، فيخرج من الخلاف، ولا تطلق عليه زوجة كان تزوجها قبلها، ويمسكها، فلو سقط من الشرط لفظ «عليها» هل يلزمه هذا الشرط؟

قال ابن فتحون: لو عقد عاقد هذه الشروط فقال: «والتزم الزوج لزوجه ألا يتزوج ولا بإسقاط عليها ومعها» فلا تلزمه هذه الشروط عندي بإسقاط «عليها» من قوله: «ولا يتزوج عليها» من قوله: «فالتي يتزوج عليها»؛ لأنه أعم، ولم يخص كمن قال: كل امرأة أتزوجها طالق.

وقولنا: «والسرية وأم الولد حرتان لوجه الله تعالى».

اعلم أن لفظ التسري معناه: الوطء، وهو يكون شيئًا بعد شيء، فتدخل فيه السرية قبل الشرط إذا وطئها بعد.

---

(١) «البيان والتحصيل» (٥ / ١٤).

وقال سحنون : لا شيء عليه فيمن عنده، وإنما يلزمه الشرط فيمن يستقبل من الإماء بعد عقد النكاح.

وقولنا: «ولا يتخذ عليها أم ولد».

ففائدة ذلك: إذا قلت: «ولا يتخذ عليها بسرية» وسقط ذكر أم الولد، وكان للزوج أمهات أولاد تقدم اتخاذه إياهن قبل نكاحه، فوطئهن بعد ذلك، فاختلف فيه هل يلزمه الشرط أم لا؟

فروى يحيى عن ابن القاسم في «العتبية»[١]: أنه يلزمه الشرط؛ لأن التسري هو الوطء.

وقال سحنون[٢]: لا شيء عليه.

قال ابن لبابة : قول سحنون جيد.

وقال بعض الموثقين: قول ابن القاسم أصح.

قال فضل: فلو قال: «وألا يتخذ عليها أم ولد»، وسقط لفظ التسري، ثم تظهر له أم ولد من قبل عقد النكاح، فإن أم الولد في هذا كالزوجة لا قيام للزوجة عليه بوطئها، ولا حجة لها، وبه أفتى الباجي[٣]، قال: ويحتمل أن يلزمه الشرط فيها، وإن كانت قديمة.

قال بعض الموثقين: فيه وجه آخر وهو: أن الزوجة أباحت له التسري، ولم تشترط عليه أم ولد، فله أن يطئ إماءه وإن حملن، فإن اشترطت عليه ألا يتخذ عليها أم ولد، فتركت له شرط التسري كان لها القيام في الحمل أن تمنعه من وطء من حمل من إمائه، لأن الأمة إذا حملت كانت أم ولد.

---

(١) «البيان والتحصيل» (١٤ / ٥٥٧) و(٥ / ٤٠٨).

(٢) انظر: «النوادر والزيادات» (٥ / ٢٠٨)، و«البيان والتحصيل» (٥ / ٣٠).

(٣) انظر : «المنتقى» (٤ / ٥٥).

فافهم افتراق معاني ذلك وتدبره.

فصل:

فإن جمع هذه الشروط، فقال: «ألا يتزوج عليها، ولا يتخذ عليها سرية ولا أم ولد»، ثم قال: «فإن فعل ذلك» بإسقاط «شيء».

فقال ابن العطار: لا يجب لها الأخذ بشرطها حتى يفعل جميع ذلك.

وانتقد عليه ذلك ابن الفخار وغيره، وقالوا: الحكم في ذلك سواء؛ لأن الحنث في الأيمان يقع بفعل البعض، كما لو حلف ألا يفعل فعلين، ففعل أحدهما حنث.

وقد وقع الخلاف بين ابن القاسم وأشهب في مسألة من هذا المعنى.

وهذا إذا حلف على زوجته أو عبده: إن دخلت هاتين الدارين فأنت طالق وأنت حر، فدخل العبد، أو الزوجة واحدة منهما، فإنه يحنث، إلا أن يريد حتى يدخلهما جميعًا، هذا قول ابن القاسم، وخالفه أشهب، وقال: لا حنث عليه إلا بدخولهما جميعًا، فقطع الاختلاف أحسن، وعلى مذهب ابن القاسم انعقدت الوثائق قديمًا عند ابن لبابة وابن أبي زمنين، وإنما أحدث هذه اللفظة الفقهاء؛ لأن الزوج ربما يَدَّعِي نية فيقع النزاع.

قال بعض الموثقين: أما إن كانت الشروط انعقد عليها النكاح فلا يقبل في ذلك من الزوج نية ،كما قال ابن الفخار.

وأما إن كانت على الطوع، فيفترق الوجهان، ويكون القول قول الزوج فيما يَدَّعِي من نية، ويحلف على ذلك ، فلأجل هذا الخلاف يتحرز بقوله:

«فإن فعل شيئًا من ذلك» فتأمله.

وقولنا: «إلا بإذنها ورضاها».

ليكون له أن يتزوج ، أو يراجع، أو يتسرى، أو يتخذ أم ولد إن أسقطت عنه حكم الشرط أو أذنت له في بعض ذلك، وإن سقط ذلك من العقد لم يكن له أن

يتزوج ولا أن يفعل من تلك الشروط شيئًا، فإن التزم لها، ألا يتزوج ولا يراجع [ما عاشت][(١)]، وهذا [كثيرًا][(٢)] ما ينـزل يلتزم الزوج لزوجه ألا يتزوج عليها طول حياتها، ومدى عمرها، فإن فعل فالزوجة طالق، ثم يطلقها طلاقًا بائنًا، وأراد أن يتزوج أو يراجع، وهي في الحياة، فإن التي يتزوج عليها تُطَلَّق عليه بنفس العقد عليها، إلا أن يقول: نويت بقولي: «ما عاشت» ، أي: ما دامت تحتي.

وهو قد طلقها، فله أن يتزوج ، ويقبل قوله في ذلك، وسواء كانت عليه بينة في ذلك أو لم تكن، وإن لم تكن له بينة فلا يتزوج ما عاشت ، وإن طلقها، إلا أن يخشى العنة.

وقولنا: «وألا ينقلها بالسكنى من مدينة كذا...» إلى آخره.

هذا شرط الرغبة، فإن لم يقع هذا الشرط وأراد الانتقال بها، فله أن يرحلها حيث شاء، إذا كان مأمونًا عليها محسنًا إليها، وهو محمول على أنه حَسَنُ المحبة حتى يتبين خلافه، هذا الذي يقتضيه ما في «إرخاء الستور» من «المدونة»[(٣)].

وفي رواية أشهب: ينظر إلى صلاحه وإحسانه إليها، فإن علم ذلك منه فله إخراجها.

وإن علم عكس ذلك منع وليس له الخروج بها، فإن جهل حاله معها فهو محمول على أنه حَسَن الصحبة.

قال القاضي[(٤)]: والحر في ذلك بخلاف العبد، قاله في رسم الجواب من «طلاق السنة».

فإن وقع هذا الشرط لم يكن له أن يرحلها إلا برضاها مأمونًا كان أو غير مأمون،

---

(١) زيادة من ج.
(٢) زيادة من ج.
(٣) «المدونة» (٢ / ١٤٨).
(٤) «البيان والتحصيل» (٤ / ٣٧٠).

فإن أكرهها على الرحيل فلـها أن تأخذ بشرطها، وتطلق عليه نفسها كـما شرطها فإن رحلها، وادعت الإكراه ، وأكذبها وزعم أن ذلك عن إذنها، حلفت وأخذت بشرطها إن لم تكن له بينة على الإذن. قاله ابن حبيب.

وقولنا: «إلا بإذنها ورضاها».

فيه بيان وقطع للخلاف الواقع بين ابن القـاسم وأشهب، فيمن حلف لامرأته ألا يفعل فعلاً ولم يقل: إلا بإذنهـا ورضاها، فاستأذنها وفعل، فـقال ابن القاسم: جائز ويلزمها ما أذنت فيه.

وقال أشهب: لها أن تأخذ بشرطها ولا ينتفع بإذنها.

قال بعض الموثقين: وهذا الخلاف إنما هو في الشـروط المنعقدة بالتمليـك كشرط الرحيل وما أشبهه.

ولو كانت الشروط بعزيمة طلاق أو عتق فلا ينتفع بإذنها كما تقدم .

و قولنا في شرط المغيب:« وألا يغيب عنها إن سقط شرط المغيب».

ثم غاب عنهـا، ولم يترك لها نفقـة، ثم رفعت أمرها إلى القـاضي، فإن طلبت مجرد النفقة فكتبت في ذلك: «رفعت إلى قاضي مدينة كذا وهو فلان»، تترك لاسمه بياضًـا يضعه فيـه، ثم تقول: «أعزه الله تعالى وحـرسها، فلانة بنت فـلان الفلاني أمرها، مشتكية بمغيب زوجهـا فلان ابن فلان الفلاني عنها ـ قبل البناء أو بعده ـ ولم يترك لهـا نفقة ولا كسـوة، وأنها المنفقـة على نفسهـا لترجع بذلك عليه»، ثم يقـيد الإشهاد على القاضي والزوجة ، ويحضر الشهود رفعها وحضورها لدى القاضي.

وفائدة هذا الرفع: ليكون القول قـولها: آنه لم ينفق عليهـا مدة مغيـبه من حين الرفع، وإن لم ترفع أمـرها، وقدم وطلبتـه بالنفقة ، فـإن أقر لهـا فلا إشكال، وإن خالفها وادعى أنه المنفق عليها مدة مغيبه كان القول قوله.

وإن طلبت طلاق نفسها لما لحقها من الضـرر فلابد من إثبات ما زعمت، والعقد

في ذلك يعرف شهوده الزوجين فلانًا وفلانة المذكورين في هذا الصداق إن كان ذلك في الصداق، وإن كان في رسم غيره أسقطت ذلك، ثم تقول: معرفة صحيحة تامة، ويعلمون صحة الزوجية بينهما واتصالها إلى أن غاب الزوج المذكور عن زوجه المذكورة من مدينة كذا قبل البناء أو بعده منذ كذا، غيبة اتصال وانقطاع بحيث لا يعلم، ولم يترك لها نفقة ولا كسوة ولا شيئًا تمون به نفسها ولا بعث لها بشيء تمون به نفسها، [ولا بعث لها بشيء فوصلهما](١) ولا أحالها بذلك على أحد فانحالت.

ولا له بالمدينة المذكورة مال يعدى لها فيه بنفقتها ، ولا يعلمونه رجع من مغيبه ذلك سرًا ولا جهرًا، ولا أن عصمة النكاح انقطعت بينهما، ثم تؤرخ، فإذا أثبت هذا الرسم المذكور عند القاضي بما يجب أن يثبت أَجَّلَها في ذلك بقدر اجتهاده، والذي مضى عليه العمل في الأجل شهر ، فتقول في الأجل [المضروب لزوجة الغائب](٢) : تأجلت من إذن قاضي الجماعة بمدينة كذا وهو فلان أعزه الله تعالى، وحرسها فلانة بنت فلان المذكورة في الرسم فوقه في التربص على زوجها والانتظار له أجلاً، مبلغه شهر واحد من غد تاريخه والتزمت الأجل المذكور عن إذن من ذكر، شهد على إشهاد من ذكر بما فيه عنه وبثبوت رسم الاسترعاء فوقه من أشهدته المتأجلة بما فيه عنها في صحة وجواز وطوع، ويوم كذا من شهر كذا من سنة كذا، فإذا انقضى الأجل وذهبت إلى طلاق نفسها ، فثبت رسم الأجل عند القاضي بما يجب، ثم تكتب: حلفت عن إذن قاضي مدينة كذا، وهو فلان أعزه الله تعالى وحرسها فلانة المذكورة فوقه اليمين الواجبة عليها في شأن ما شهد لها به ، الرسم فوقه حلفًا تاما حيث يجب ، وكيف يجب، وبنص ما يجب، وبمحضر شهوده ، ولما تم حلفها المذكور طلقت نفسها عن زوجها المذكور طلقة واحدة يملك بها رجعتها إن قدم موسرًا في عدتها، ثم تقيد الإشهاد على القاضي والزوجة كما تقدم ، وتعقد ذلك على الغائب.

---

(١) سقط من أ و ب.

(٢) زيادة من ج.

وحكاه ابن يونس عن القابسي، ثم قال: والأولى أن تطلق عليه، وليس هو كالحاضر.

وقال أبو محمد: لا فرق بين الغائب والحاضر، وأرى أن يفرق بينهما إذا لم يكن له مال وبالناس اليوم ضرورة إلى ذلك.

فصل:

وإن كان الزوج حين غاب ترك لها نفقة لم يكن لها قيام بمغيبه عنها إلا أن يتطاول مغيبه عنها جدًا، فترفع أمرها إلى السلطان، وتشكو إليه طول مغيبه عنها، فينظر السلطان في ذلك ويكتب إليه ليقف هناك، فإما أن يقدم عليها أو يحملها إليه وإما أن يفارقها.

فإن لم يفعل شيئًا من ذلك قضى عليه، وبذلك قضى عمر - رضي الله عنه -، وقاله مالك.

قال ابن القاسم: وهو رأيي .

ولو كانت للغائب أموال ، وطلبت من القاضي أن يعديها في ذلك نفقتها، فإن كان له مال فائض، قضى لها بعد ثبوت ما يجب ثبوته، وذلك إن [ثبتت][1] الزوجية ، ومغيب الزوج حيث لا يعلم، وأنه لم يقدم من مغيبه إلى الآن، وأنه لم يترك لها نفقة، أو تركها ونفدت ، وأنها لم تسقطها عنه، ولا انحالت بها، ولا ترك لها بذلك كفيلاً ، ولا رهنًا ولا له عليها دين، وثبتت ملكه لذلك الشيء الذي تريد أن يعديها فيه، واستمرار اليد إلى الآن، فيشهد الشهود في ذلك كله على العلم، وتحلف هي على القطع، فحينئذ يحكم لها الحاكم عليه بالنفقة ، فإن كان للزوج ودائع وديون، فرض لها نفقتها في ذلك بعد أن تقيم البينة على من جحد من غرمائه، أن لزوجها عليه دينًا، فإن أقر مَنْ ذلك عليه أو بيده، فهل يحكم لها في ذلك أم لا؟ فقد اختلف

---

(١) سقط من أ.

قول سحنون في هذا الأصل.

فقال فيمن أقر بوديعة لغائب: لا يقضى منه دينه وحجته ؛ لأن الوديعة قد تكون لغير مودعها وديعة عنده أيضًا أو رهنًا أو عارية.

وقال أيضًا فيمن أقر ببضاعة لغائب: يقضى منه دينه، وقد احتج بعض الشيوخ للقول الثاني بقوله في «المدونة»[(١)]: ولها أن تقيم البينة على من جحد من غرمائه... إلى آخره.

فقال: مفهومه: لو أقر لقضى لها.

وحكى ابن سهل عن ابن سحنون عن أبيه وعن ابن المواز أنه إذا أقر الغائب بالدين لا يقضي بإقراره، إذ قد يقر للغائب ليوجب عليه خلطة ثم يدعي عليه بأكثر مما أقر به، فيستحق يمينه، فتأمله.

فإن أثبتت له عروضًا وربعا فهل يباع ذلك عليه سواء كان غائبًا أو حاضرًا أم لا؟

فقد وقع في «المدونة»[(٢)] ما يدل على بيع ذلك، فقال: ويباع على الزوج فيما يلزمه من نفقة امرأته عروضه وربعه إن لم يكن له مال.

قال أبو عمران: لم يذكر حاضرًا ولا غائبًا ولا أدري هل يباع عليه وهو حاضر؟ وفيه نظر.

وحكى عياض عن «كتاب يحيى بن إسحاق» وعن ابن القاسم: أنه إن كان حاضرًا فرض عليه، وأمر بالدفع إليها، فإن فعل ذلك ترك، وإن لم يفعل وقف، فإما أنفق وإما طلق، فظاهر هذا ألا يبيع عليه.

وظاهر «الكتاب» التسوية كما تقدم.

---

(١) «التهذيب» (٢ / ٢١٨).

(٢) «التهذيب» (٢ / ٢١٣).

وقولنا: «غيبة متصلة» .

فيه احتياط للزوج ، إذ قد يغيب عنها أقل من الأجل المذكور ، ثم يرجع إليها فيقيم عندها أيامًا، ثم يغيب عنها تمام الأجل وأزيد منه، فقيل: ذلك لها، فإذ قلت: «غيبة متصلة» ارتفع الإشكال.

وقولنا: «قريبة ولا بعيدة » .

فيه احتياط للزوجة، ويكون لها بهذا الشرط القضاء في القريبة، وإن كانت على بريد ونحوه.

هذا هو القول المشهور من المذهب، وعليه العمل.

قال محمد بن عمر بن لبابة: إذا غاب عنها بوجهه، فسواء كان في المصر أو في غير البلد، أن لها أن تأخذ شرطها، وتطلق نفسها، ولم ينتفع الزوج بإقامة البينة إن كان معها ببلدها حاضرًا غير غائب .

وقال غير واحد من الموثقين: إذا سقط من النص «قريبة أو بعيدة» لم يكن لها القضاء في القريبة، وإن لم يكن العمل واحدًا ويكتابه الإمام.

وأما الغيبة البعيدة التي لا أعذار فيها فلها الأخذ بشرطها .

وقولنا: «قبل البناء ولا بعده».

يرفع الاختلاف بين الزوجين، فقد قال ابن عتاب: إذا لم يذكر هذا الشرط، وغاب الزوج عن زوجه قبل البناء بها، وأرادت الأخذ بشرطها، فاختلف في ذلك.

فقال بعضهم: لها ذلك كالمدخول بها ، وهو نص ابن القاسم في «المدونة»[١] في شرط التزويج.

وقال بعضهم: ليس لها ذلك؛ لأنه لم يغب عنها، وإنما يكون غائبًا إذا دخل

---

(١) «التهذيب» (٢ / ٢١٤).

بها، فـإن غاب عنهـا قبل البناء، وادعى الزوج في ذلك نيـة، هل يُنَوَّى أم لا؟ انظر «المتيطي».

وقولنا: «طائعًا أو مكرهًا».

هو الصـواب؛ ليرتفـع الخلاف ؛ لأنه إن سـقط ذلك من النص وغـاب مكرهًا فاختلف في ذلك ، فقيل: لا سبيل لها إلى الأخذ بشرطها.

قال بعض الموثقين: وهذا هو المشهور من المذهب.

وقيل: إن لها أن تأخذ بشرطها طائعًا غاب أو مكرهًا.

وقولنا: «أزيد من ستة أشهر».

تحديدنا بهـذا الأجل للحديث المروي عن عـمر بن الخطاب، انظر ما في كـتاب «التخيير والتمليك» من «العتبية»(١).

قال بعض الموثقين: ورأيت لبعض الفقهاء «أربعة أشهر».

قال: وهو أحسن لموافقته أجل الإيلاء.

وقولنا: «وصدقها في دعوى المغيب والمنقضي من الأجل».

فيه احتـياط للزوجة، ويسقط عنها بهذا الفصل إثبـات المغيب، وانقضاء الأجل، وإنما عليها إثبات الشرط والزوجية.

وقولنا : «دون بينة».

هذا هو فائدة التصديق.

وقولنا: «دون يمين».

لتسقط عنها بذلك اليمين التي تجب عليها في ذلك كما تقدم.

وقد اختلف في هذا الأصل فيما يجري بين الناس في معاملتهم بالدَّين، فيشترط

---

(١) «البيان والتحصيل» (٥ / ٢٣١).

رب الدَّين في أصل المعاملة أنه مصدق في الاقتضاء دون يمين تلزمه في ذلك، هل ينتفع به مشترطه أم لا؟ فقيل: ينفعه، وقيل: لا ينفعه .

وقال ابن القاسم: إن كان مشترطه مأمونًا نفعه الشرط، وإلا فلا، فانظر على هذا هل يراعى ذلك في الزوجة أم لا؟

وقولنا: «فإن غاب عنها».

بلفظ «أنْ» دون «مهما» و«كلما» ، إن زيد مما شرط لها فطلقت نفسها، ثم قدم في العدة أو بعدها فراجعها، ثم غاب عنها مدة أخرى أزيد من ذلك أيضًا ، لم يكن لها أن تأخذ بشرطها وتطلق نفسها، إلا أن يكون في النص كلما أو مهما.

ووقع في موضع من «**كتاب محمد**»: أن لها أن تطلق نفسها ثانية.

قال بعض الموثقين: والأظهر من القولين ما تقدم.

وقولنا: «ولها التلوم عليه ما شاءت».

وهو الصواب، والتربص ما أحبت هو الصواب، فلو سقط ذلك من النص وغاب عنها المدة التي شرط لها، ولم تأخذ بشرطها عند انقضاء المدة فاختلف في ذلك.

فقال ابن وهب في «العتبية» : يسقط ما بيدها ولم يكن لها أن تقضي، وقاله ابن نافع وابن كنانة، إلا أن تشهد عند الأجل أن ذلك بيدها لم تدعه .

وقال عبد الملك في «الثمانية»: ذلك بيدها ما أقامت تنتظر حتى يوقفها السلطان، وسواء شهدت أن ذلك بيدها أو لم تشهد ولا يمين عليها، وقاله أصبغ، وهذا قول مالك.

قال أصبغ: واستحسن أن يحتاط عليها باليمين، وقد فرق بعضهم بين أن يطول الأمد أم لا، وجعلوا لها أن تقضي، وإن أقامت الشهر والشهرين، إذا قالت: إنما أقمت انتظر.

فبزيادة هذا القيد في النص يرتفع الخلاف.

فصل:

فإن شرطت الزوجة على الزوج الإخدام فتقول: والتزم الزوج إخدامها طول الزوجية بينهما، وإقرار ماله يتسع لذلك، وإنها ممن لا تخدم نفسها ثم تكمل العقد.

فقولنا في النص: «أنه إقرار ماله يتسع لذلك» فيه احتياط للزوجة؛ لأنه أقر بحق عليه فيلزمه، فإن ادعى بعد ذلك أنه لا يستطيع الإخدام لم يقبل قوله؛ لإقراره بأنه ممن يلزمه ذلك، ويتسع ماله، ولو شهدت بينة بما زعم لم ينتفع بذلك إلا أن يعلم أنه أصابه بعد ذلك في ماله أمر أذهبه كما قالوا في الغريم يعترف لرب الدين: إنه مليّ الذمة بدينه، ثم يدعي العدم.

وإن كان بعض الشيوخ حكى عن بعض شيوخه القرويين: أن البينة بالعدم تنفعه ولا يضره ما أشهد به على نفسه من ملائه، وبالأول جرى العمل فلو سقط هذا الشرط، وطلبت من الزوج إخدامها، وثبت عند القاضي حالها، وأنها ممن لا تخدم نفسها وغناه، [لزمه](١) الإخدام، وإن لم يثبت ذلك عليه، وتنازعا فيه، وادعت الزوجة أنه من أهل الاستطاعة، وادعى الزوج أنه ليس من أهلها، فوقع في «الاستغناء» لابن عبد الغفور: إن القول قول الزوجة، وعلى الزوج البينة أنه ممن ليس عليه إخدام كالنفقة سواء، وقيل: القول قول الزوج، وعلى المرأة البينة أنها ممن يخدم مثلها؛ لأن النفقة والكسوة تلزم كل الناس، والخدمة لا تلزم الغني ولا الفقير، فإذا قلنا بالإخدام، فقيل: إنما يلزم الزوج نفقة من يخدم زوجه إذا أتت المرأة بها، وليس على الزوج أن يأتي بمن يخدمها.

قال المشاور: يلزم أن يشتري خادمًا أو يأتي بمن يخدمها أحب أم كره؛ لأن عليه إخدامها، وعاب القول الأول.

---

(١) في ج: لزمها.

وحكى بعض الشيوخ عن الباجي: إن الزوج مخير بين أربعة أشياء: بين أن ينفق على خادمها، أو يشتري لها خادمًا يخدمها وتكون على ملكه، أو يستأجر من يخدمها، أو يخدمها بنفسه.

وقد اختلف في أجرة القابلة(١)، هل هو على الزوج؛ لأنه المتسبب، أو عليها كسائر الأمراض التي تتداوى منها؟ وإن لم يلتزم الإخدام لم يلزمه إلا في ذوات الحال، وقد تنازع أصحاب مالك في ذلك.

فقال ابن القاسم: ليس على المرأة من خدمة بيتها شيء إذا كان زوجها مليا.

وقال: الماجشون وأصبغ: إذا كانت ذات قدر في صداقها ونفسها فلا خدمة عليها، وعليه أن يخدمها إن كان مليا، وإن كانت بخلاف ذلك كانت عليها الخدمة الباطنة من عجين وكنس وفرش واستقاء إن كان معها في الدار، وإن كانت ممن لا يصلحها ولا يصلحه إلا أكثر من خادم فهل يلزمه ذلك أم لا؟

فقال في في «المبسوط»: عليه ذلك.

وقال ابن القاسم في «كتاب محمد»: إن كان لها رقيق لم ينفق إلا على واحدة، انظر اللخمي.

ولو شرطت عليه ألا يضر بها، فتقول: والتزم الزوج لزوجه ألا يضر بها في نفسها ولا في مالها، فإن فعل ذلك فقد جعل أمرها بيدها في طلقة واحدة مملكة، فإن صدقها في ذلك، قلت: وهي مصدقة فيما تدعيه من ذلك تصديقًا مطلقًا دون بينة ولا يمين ، فإذا أضر بها وأرادت الأخذ بشرطها ولم يكن صدقها في ذلك رفعت أمرها إلى القاضي، وأثبتت عنده صدقها ليثبت ذلك الشرط والزوجية ، فإذا ثبت ذلك عنده لكفاها إثبات ما ادعته من الضرر ولا يحلفه بقولها، فإن أقامت شاهدًا واحدًا حلف على دفع قولها، والبينة في الضرر لا تكون إلا على السماع، وفي ذلك

---

(١) القابلة: التي تستقبل المولود من رحم الأم.

تنازع ، فإذا ثبت ذلك أعذر فيه للزوج، فإن لم يكن عنده في ذلك مدفع طلقت نفسها عليه بحكم ما جعل لها، ولو صدقها في دعوى الضرر، ولم يقل: دون يمين أمر بإحلافها، ثم طلقت نفسها، ولو صدقها في ذلك دون يمين لكان ذلك لها، فإذا اشتكت إضراره بها، وثبت الشرط طلقت نفسها دون يمين، وفي ذلك كله اختلاف، ليس هذا موضع ذكره.

فإن لم يقع شرط الضرر، وقامت به عند القاضي ، وثبت ذلك على نحو ما تقدم وأعذر في ذلك للزوج ، ولم يكن عنده مدفع طلقها عليه القاضي وتجتزئ في الشهادة على ذلك بشهادة رجلين.

فصل:

فإن شرط لها زيارة أمها أو أحد من ذوي محارمها، فنقول في ذلك: «والتزم الزوج لزوجه ألا يمنع أمها فلانة من زيارتها متى شاءت، وفي أي وقت ومهما منعها من ذلك، فقد جعل أمرها بيدها في طلقة واحدة مملكة »، ثم تكمل العقد، وإن لم يقع هذا الشرط لم يمنع الأب أو الأم من الدخول إليها، وإن اشتكى الزوج الأبوين نظر، فإن كانا مؤذيين منعهما من الدخول إليها إلا في المرض، وإن كانا صالحين لم يمنعا من زيارتها، وله منعها من زيارتهما إذا لم تؤمن ناحيتهما.

قال بعض الموثقين: فإن اتهمهما بإفسادها زاراها في كل جمعة بأمينة تحضر معها لئلا يخلوا بها.

وليس للزوج أن يمنع زوجه من الخروج إلى أبيها وأمها، ويقضي عليه بذلك، انظر رسم طلاق، من كتاب السلطان، ومثله في رسم الطلاق، من سماع أشهب من الأيمان بالطلاق[1].

وذهب ابن حبيب: إلى أنه لا يقضي عليه حتى يمنعها من الخروج إليهم ويمنعهم

---

(١) «البيان والتحصيل» (٦ / ١٠٥، ١٠٦).

من الدخول إليها، فحينئذ يقضي عليه بأحد الوجهين، كما أنه لا يحنث حتى يحلف على الطرفين فيحنث في أحدهما.

قال ابن رشد[١]: وهذا الخلاف إنما هو في الشابة المأمونة، وأما المتجالة فلا خلاف في أنه يقضي لها بالخروج إلى زيارة أبيها وأخيها، وأما الشابة غير المأمونة في نفسها، فلا اختلاف في أنه لا يقضي لها بالخروج إلى ذلك.

والشابة محمولة على أنها مأمونة حتى يشهد عليها بأنها غير مأمونة، انظر كلام أبي القاسم الجزيري في هذا الفصل وتدبره مع ما في رسم طلاق ، مع كلام ابن رشد.

فصل:

وإن كان لها أولاد صغار، والتزم ألا يفرق بينها وبينهم فتقول: «وعلم أن لها بنين من غيره، وهم فلان وفلان بنو فلان الفلاني فالتزم ألا يفرق بينهما وبينهم بالسكنى في دار واحدة، إلا بإذنها ورضاها ومهما فرق بينهم، فقد جعل أمرها بيدها في طلقة واحدة مملكة».

فإن لم يقع هذا الشرط، وكان لها ولد أو أولاد، ودعى إلى إخراجهم من بيته.

فقال ابن الماجشون: إن كان لهم أب أو وليّ من رجل أو امرأة يأخذه إلى نفسه، فله أن يخرجه، وإن لم يكن له أحد، فليس له أن يخرجه، والزوج بهذه المنزلة، إذا كان له ولد، فإن وقع هذا ، ودخلت عليه لم يكن لها إخراجهم عنه، وإن طاع لها بالنفقة .

كتب في ذلك على الطوع: « طاع فلان لزوجه فلانة في إجراء النفقة والكسوة وجميع المؤن كلها على بنيها من غيره، وهم فلان وفلان، طُول الزوجية بينهما ومع بقائهم إلى حضانتها».

---

(١) «البيان والتحصيل» (١ / ٤٢٠)، و(٥ / ١٤٩، ١٥٠)، و(٩ / ٣٣٢) وهذا نص كلامه.

فإن سقط ذكر الكسوة من النص، ولم يقع إلا قوله: «بإجراء النفقة»، وطلبته الزوجة بكسوتهم، ورأت أن ذلك من النفقة، وأباح الزوج ذلك، ففي ذلك خلاف من قول الشيوخ.

والذي ذهب إليه أكثر الشيوخ: أن الكسوة لا تلزمه إلا بنص، انظر ابن سهل(١).

ولو بنى الزوج بزوجه، ولها ولد من غيره علم به ودخل عليه، وأقره عندها، ثم أراد إخراجه عنها لم يكن له ذلك، وقد تقدم.

ولهذا يكتب الموثقون عند عقد النكاح: «وعلم أن لها ولدًا صغيرًا، فدخل عليه».

فصل:

ومما ينبغي أن يرسم هنا ويلحق بما تقدم، استرعاءات تحتاج إليها بعض الأنكحة، فإذا أتت امرأة إلى القاضي وطلبت منه أن يزوجها، فإنه لا يزوجها حتى يسألها هل لها وليّ أم لا؟ فإذا قالت: لا وليّ لي، سألها هل كان لها زوج أم لا؟ وهل هي بكر أم ثيب؟ فإن كان لها وليّ لم يزوجها، ودعاه القاضي وأمره بتزويجها، فإن امتنع سأله عن وجه امتناعه، فإن رآه صوابًا ردها إليه صاغرة، ولم يجبره على تزويجها ممن كره، وإن لم يره صوابًا رآه مضرًا بها أمره بتزويجها، فإن أبى نظر في أمرها، فإن كانت بكرًا أثبت عنده أنها بكر بالغ يتيمة مهملة لا وصيّ عليها من أب ولا مقدم من قاض، وأنها لم ينعقد عليها نكاح قط في علمهم، وإن خاطبها فلان كفؤ لها، وأن المهر الذي بذل لها مهر مثله لمثلها، وثبت عنده إباية وليها من نكاحها، فإن لم يكن لها وليّ، وثبت ذلك عنده فينكحها حين ذلك ممن أرادت، فإن كان لها وليّ، وادعى أن الزوج غير كفءٍ فله في ذلك مقال، وكلفه البينة على ما زعم، فإن أقام بينة بما ادعى وشهدت للزوج بينة أنه كفؤ كانت شهادة الذين شهدوا أنه غير كفءٍ لها أعمل، وأتم.

---

(١) «الإعلام بنوازل الأحكام» (١ / ١٥٣).

وقيل: يقضي بأعدلهما، فإن تكافأت كان الترجيح بالتجريح أعمل.

وقيل: تسقطان وينظر الحاكم في ذلك.

وقيل: إن عَيَّنَ الشهود الجرحة التي هو بها غير كفءٍ، كانت شهادتهم أعمل.

وإن شهدوا مجملاً كانت شهادة الآخرين أعمل والذي جرى به العمل أن يقضي بالأعدل.

فإن قالت: كان لي زوج وطلقني أو مات، كلفها أيضًا، أقامت البينة على ذلك فثبتت عنده صحة الزوجية بينهما، وبين الذي كان زوجًا لها إلى أن طلقها أو مات عنها، وثبت عنده أنها لم تتزوج منذ طلقها أو مات عنها حتى الآن، وأنها لا وليّ لها إلا القاضي، فتقول في ذلك: «يعرف شهوده الزوجين كانا فلان وفلانة معرفة صحيحة تامة، ويعلمون صحة الزوجية بينهما واتصالها إلى أن طلقها الطلاق المرسوم فوقه ولا يعلمونهما تراجعا منه ولا تزوجت غيره حتى الآن في علمهم، ولا يعلمون لها وليًا يعقد نكاحها إلا القاضي».

وإن كان زوجها توفي، فتزيد بعد صدر الوثيقة: «إلى أن توفي الزوج المذكور عن زوجه المذكورة منذ كذا، ولا يعلمونها تزوجت غيره حتى الآن»، ثم تكمل العقد.

فإن قالت: لي وليّ وغاب عني، أثبت ذلك لديه، فإن كانت بكرًا وكان لها أب غاب عنها فلا يخلو مغيبه من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن تكون الغيبة قريبة.

والثاني: أن تكون بعيدة منقطعة وهو معلوم الحياة.

الوجه الثالث: أن يكون أسيرًا أو فقيدًا.

فأما إن كانت غيبة قريبة، العشرة الأيام ونحوها فلا اختلاف أنه لا يزوجها، فإن زوجها فسخ النكاح، زوجها الوليّ أو السلطان، قاله ابن حبيب في «الواضحة».

وأما إن كانت غيبة بعيدة منقطعة مثل إفريقية وطنجة، والأندلس ومصر، فاختلف في ذلك على أربعة أقوال:

أحدها: أن الإمام يزوجها إذا دعت إلى ذلك، وإن كانت نفقته جارية عليها ولم يخف عليها، ولا استوطن الموضع الذي هو به، وهو ظاهر قول مالك في «العتبية»[1] و«المدونة».

وقد تأول على ما في «المدونة» من قوله فيها[2]: «وأما مَنْ خرج تاجرًا، وليس يريد المقام بتلك البلاد فلا يهجم السلطان على ابنته» أنه لا يزوجها إلا إذا استوطن ذلك البلد، وهو القول الثاني.

القول الثالث: أنه لا يزوجها إلا أن يستوطن ذلك البلد، ويطول مقامه فيه العشرين سنة والثلاثين حتى يويئس من رجعته، وهو قول ابن حبيب في «الواضحة».

القول الرابع: أنها لا تزوج أبدًا، وإن طال مقامه بها، وهو ظاهر قول مالك في «كتاب ابن المواز»، وقول ابن وهب في «رسم الأقضية» من سماع يحيى؛ لأنه قال فيه[3]: وإن كان الأب يجري لها النفقة، ولا يزال يفقدها بما يصلحها حتى يؤمن عليها الضيعة.

ولا اختلاف بينهم إذا قطع الأب النفقة عنها في مغيبه ، وخشيت عليها الضيعة في أنها تزوج، ولو كان ذلك قبل البلوغ.

وإنما اختلفوا هل يزوجها الوليّ أو السلطان؟ والمشهور: أنه لا يزوجها إلا السلطان؛ لأنه حكم على غائب، وأما إذا كان أسيرًا أو فقيدًا فلا اختلاف في أن الإمام يزوجها إذا دعت إلى ذلك، وإن كانت في نفقته وأمنت عليها الضيعة، انظر رسم «مساجد القبائل» من سماع ابن القاسم من كتاب النكاح الأول.

فتأمل هذه الفصول، وتكتب لكل فصل ما يحتاج إليه بحسب ما اتفق عليه أو عمل عليه من الخلاف ، فإن كانت الزوجة حين قامت عند القاضي ذكرت أنها كان

---

(١) «البيان والتحصيل» (٤ / ٣٢٨).
(٢) «المدونة» (٢ / ١٠٦).
(٣) «البيان والتحصيل» (٤ / ٣٢٨).

لها زوج ففارقها ولم تقدر على إثباته فقد سئل مالك في «الواضحة»[١] عن المرأة تقدم المدينة مع الحاج من المغرب فتريد النكاح وتقول: أخاف من العنة، أترى للسلطان أن يزوجها، ولا يدري لعل لها زوج، وهي من المغرب، وذوات الأقدار.

قال نعم: يزوجها وليس عليها أن يقول لها أقيمي البينة على أنك لا زوج لك.

قال عبد الملك بن حبيب: وأحب إليّ أن يسأل أهل رفقتها وحاج بلدها ممن معها ما عندهم من أمرها من غير تكليف شهادة ، فإن استراب أمر تركها وإلا زوجها، وليست في هذا كالحضرية ، ولا التي مكانها قريب.

وفي «النوادر»[٢]، و«أحكام ابن أبي زمنين»[٣]: إذا قدمت من مكان بعيد بحيث لا تكلف البينة، وقالت: لا زوج لي، فإنها تصدق، فإن قالت: كان لي زوج وطلقني، وأرادت مراجعة زوج آخر كان طلقها قبله ثلاثًا، كلفها إقامة البينة على ما زعمت وعقد ما تكتب في ذلك: « يعرف شهوده الزوجين كانا فلانًا وفلانة، معرفة صحيحة تامة، ويعلمون صحة الزوجية بينهما، واتصالها إلى أن طلقها الطلاق المرسوم فوقه».

ويشهدون أن الزوج المذكور دخل بزوجه المذكورة دخول اهتداء وبناء، وأنه ممن لا يتهم بتحليلها لمفارقها بالثلاث، وقيدوا بذلك شهادتهم في كذا، فإن لم تقدر على إثبات ذلك ، وقدمت من مكان بعيد، يتعذر عليها إقامة البينة.

قال ابن المنذر: لا أعلم أحدًا من علماء الأمة، قال: لا تصدق.

قال الباجي في «وثائقه» : وإذا قالت: كان لي زوج ، وفارقني في الطريق، ولا أدري أحي هو أو ميت، فلها أن تقف الشهود وتُطَلِّق نفسها لعسر النفقة، ولا ترفع إلى القاضي، إذ لا يقضي إلا ببينة، واستقرأها من مسألة الحمال، في كتاب «الرواحل».

---

(١) انظر: «النوادر والزيادات» (٤ / ٤٠٤).
(٢) «النوادر والزيادات» (٤ / ٤٠٤).
(٣) «النوادر والزيادات» (١ / ٣٨١).

فصل: في عقود الطلاق، عقد طلاق قبل البناء

تقول: « طلق فلان ابن فلان الفلاني زوجه فلانة طلقة واحدة قبل البناء بها على سنة طلاق غير المدخول بها، وحكمه وسبيله، شهد عليه بذلك في صحة وطوع وجواز وعرفه».

وفي كذا ولا تبالي في هذا كانت الزوجة بكرًا أو ثيبًا، صغيرة أو بالغًا، لها أب أو وصي أو مقدم من قاض، أو يتيمة مهملة ، أو أمة، الحكم في ذلك سواء، فإن كان في ذلك إسقاط، افترق الحكم، فإن كانت رشيدة ثيبًا أو بكرًا ، قلت بعد قولك: «طلقة واحدة على سنة طلاق غير المدخول بها وسبيله: على أن حضرت لذلك الزوجة فلانة المذكورة ، إذ هي مالكة أمرها ، وأسقطت عن الزوج المذكور نصف المهر الواجب لها قبله ، نقده وكالئه إسقاطًا تاما».

فإن كان الإسقاط شرطًا زدت: «وعلى ذلك وبسببه أوقع الزوج المذكور الطلاق المذكور» وإن لم يكن شرطًا ذكرت أن الإسقاط كان على وجه المعروف، ثم تكمل الإشهاد إلى آخره.

فإن كانت مولى عليها بأب ، أو كانت بكرًا صغيرة أو بالغًا، قلت: « على إن حضر لذلك والد الزوجة المذكورة، إذ هي بكر في حجره وتحت ولاية نظره، وأسقط عن الزوج المذكور نصف المهر الواجب للزوجة المذكورة قبل الزوج المذكور نقده وكالئه»، وتمضي على ما تقدم، وتذكر هل كان ذلك شرطًا أو معروفًا، وكذلك تعقد في الأب إذا كانت الزوجة ثيبًا صغيرة، وفي السيد في أمته بيان وفقه لما تعلق بهذا الطلاق.

اعلم أن المرأة تملك نفسها بهذا الطلاق وبكل طلاق يكون قبل الدخول؛ لسقوط العدة منها، ولا يخلو هذا الطلاق أن يقع قبل تسمية الصداق أو بعده، فإن كان قبله فلا شيء لها على الزوج من الصداق، ويستحب له أن يمتعها، وإن كان بعد التسمية فلها نصف المسمى تأخذه من الزوج ، أو من الحامل له فتأخذ نصف النقد، ونصف

المؤجل إلى حلول أجله، وسقط الباقي عن الزوج وعن الحامل، وإن كان الزوج أو الحامل دفع النقد ، ردت ذلك إلى من دفعه إليها من زوج أو حامل، هذا هو الصحيح، أن النصف الساقط بالطلاق راجع إلى الحامل دون الزوج، ولو كان الطلاق على إسقاط النصف الواجب للمرأة، فهل يعود إلى الحامل، أو يكون الزوج؟ في ذلك قولان:

أحدهما: ذلك عائد إلى الحامل؛ لأن النكاح لم يتم، قاله ابن القاسم.

والآخر: أنه عائد إلى الزوج، قاله ابن الماجشون .

وقولنا: «إن ذلك الإسقاط شرطًا أو تبرعًا».

ذكرته وفائدته لتبين المعاوضة، وأن الزوج لم يرسل العصمة من يده، إلا على شرط الإسقاط، وإن كان تبرعًا فلا يخلو أن تكون الزوجة رشيدة ، أو ذات أب بكر في حجره أو أمة، وقد تقدم حكمهن، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ **أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ** ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

قالوا: وهو الأب في ابنته البكر والسيد في أمته.

وقوله: إلا ﴿**أَن يَعْفُونَ**﴾ هي المرأة الثيب، روى ذلك ابن وهب عن مالك ، ويونس وغيرهما، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن، فانظر قوله: « وهو الأب في ابنته البكر» ظاهره: وإن كانت رشيدة، وليس كذلك، وظاهره: وإن كانت معنسة، فيجري على أحد القولين في الجبر، وقد تقدم.

وظاهر قوله أيضًا: « هي الثيب»، وإن كانت قبل البلوغ، وليس كذلك.

وضابطه: أن كل مَنْ له أن يجبره على النكاح، يجوز له العفو عن نصف الصداق، فلو كانت الزوجة لنظر وصيّ، فهل يجوز له العفو؟

قال في «المدونة»[1] بعد أن ذكر مسألة الأب: ولا يجوز ذلك لغيره من وصيّ

(١) «التهذيب» (٢ / ١٣٨).

أو غيره.

و قال بعض الموثقين: ليس ذلك لوصي الأب ولا للسلطان، ولا لخليفته على رواية ابن القاسم عن مالك في «المدونة».

وروى ابن نافع عنه: إجازة ذلك للوصي في الصغيرة إذا كان فعله على وجه النظر والاجتهاد .

قال عبد الملك في «المبسوط»: وإلى هذا رجع مالك.

وذكر أصبغ: أن ذلك جائز بأقل من نصف الصداق، واستحسن إسماعيل القاضي رواية ابن نافع.

وأما سحنون: فمرة استحسن رواية ابن نافع، ومرة أنكرها.

فعلى ما قررنا إذا وَصَّى الأب أن يزوجها قبل البلوغ من رجل بعينه أو بغير عينه، فزوجها الوصيّ، ثم طلقها الزوج قبل البناء، فهل يقال: للوصي أن يعفو عن نصف الصداق، إذ هو ممن له عقدة النكاح، فانظر ذلك.

فصل:

وأما إن كانت يتيمة لا أب لها، ولا وصيّ من أب، ولا مُقَدَّم من قاضٍ، فهل تباري زوجها أم لا؟

ففي ذلك قولان:

فروى يحيى عن ابن القاسم: إجازة ذلك إذا كان ما صالحت به مثل صلح مثلها، وبه قال سحنون.

وقال أصبغ: لا يجوز.

قال المتيطي: وبقول ابن القاسم جرى العمل، ولهذا الخلاف زاد بعض الموثقين إن كانت مهملة: « أجاز القاضي فعلها وأمضاه» فلو بارى وليّ أو أجنبي عن هذه التي لا أب لها ولا وصي نقد الطلاق، وكان للزوجة طلب الزوج بنصف الصداق،

وإن كان قبل البناء، وبجميعه إن كان بعد البناء ويرجع الزوج على من خالعه، فيغرمه إياه، وإن لم يشترط ضمانًا، روى ذلك ابن عبد الحكم عن مالك.

وحكى ابن فتحون عن ابن العطار: أنه لا يرجع إلا أن يشترط الضمان.

قال: ولم أر ذلك لغيره، والصواب ما قدمناه، هذا إن كان المباري وليا، وإن كان أجنبيا، فهل يلزمه ذلك كالولي أم لا؟

قولان: فإذا عقدت مبارات وليّ، فلا يحتاج إلى شرط ضمان.

وإن كان المباري أجنبيًا ذكرت الضمان من أجل الخلاف المتقدم.

فصل:

وإن كان الطلاق بعد البناء، وأقر الزوج بالمسيس فلا تبالي أي نوع كان الدخول.

وإن أنكر المسيس ، ففي ذلك تفصيل تولته كتب الفقه، فلا نطول بذكره فإذا وقع الطلاق، فلا يخلو أن يكون معه فداء [أم لا؟ ، فإن لم يكن معه فداء][1] ، وطلق الزوج، فلا يخلو أن يكون قصد البينونة أم لا؟

فإن لم يقصد البينونة ، وأبقى لنفسه الرجعة فتقول في ذلك: «طلق فلان ابن فلان الفلاني زوجه فلانة بنت فلان الفلاني طلقة واحدة رجعية يملك بها رجعتها، ما لم تنقض عدتها» ، ثم تقيد الإشهاد عليه إلى آخره.

وإن قصد إلى البينونة بطلاق واحد.

قلت: «طلق فلان ابن فلان الفلاني زوجه فلانة بنت فلان الفلاني طلقة واحدة مملكة تملك بها أمر نفسها دونه»، ثم تتم الإشهاد عليه إلى آخره.

وإن قصد إلى الثلاثة ، قلت: «طلق فلان ابن فلان زوجه فلانة بطلاق الثلاث في كلمة واحدة، فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجًا غيره»، وإن تقدم له فيها

(١) سقط من أ و ب.

طلقتان ، وكانت هذه آخر الثلاث، ذكرت ذلك، وقلت: «طلقة واحدة صادفت آخر الثلاث، فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجًا غيره»، وإن كان معه فداء استفتحت العقد باسم الخلع.

وقلت: «اختلعت فلانة لزوجها فلان بعد البناء بها بجميع كالئها قِبَلَه، وتحملت له بخروج عدتها منه إلى تمامها، وإن طالت، وبمؤنة حمل إن ظهر بها منه إلى الوضع وبعده، إلى سقوط ذلك عنه شرعًا.

وإن كان لها منه ولد صغير، وتحملت له بنفقته وكسوته زدت في الرسم: «وبإجراء النفقة والكسوة، وبجميع المؤن كلها على ولدها منه فلان من الآن إلى سقوط ذلك عنه شرعًا .

وبعضهم يشترط عليها، وتشترط هي عليه ألا ينتزعه منها، ولو تزوجت أو تأيمت، أو سافرت ، أو أقامت، أو سافر هو، أو أقام ما دامت تجري ما ذكرنا، فإن عجزت أو أعدمت فتسقط له الحضانة في الولد، أو فيما يتزايد من الحمل إن قدر الله به.

وإن كان هناك حميل.

قلت: «وحضر لذلك والدها فلان المذكور وأمها ـ أو من كان ـ وضمن للزوج المذكور عقبى كل درك يلحقه من الزوجة المذكورة في جميع ما اختلعت له به، أو تحملت بالضمان الصحيح اللازم لماله وذمته» .

ثم تقول: «وقبل ذلك الزوج المذكور على ذلك، وبسببه أوقع الزوج المذكور على الزوجة المذكورة طلقة واحدة خلعية ، تعرف بها كما يجب، شهد على إشهاد الزوج والزوجة المذكورين بما فيه عنهما» وإن كان هناك حميل، زدت ذكره في تقييد الإشهاد إلى آخره.

وإن كانت الزوجة لنظر أب أو وصيّ أو مقدم، وكان وقوع ذلك عن إذنه ذكرت ذلك.

وقلت: «اختعلت فلانة بنت فلان الفلاني عن إذن والدها المذكور أو وصيها، أو الناظر لها بتقديم لزوجها فلان بكذا»، وتبني على ما تقدم إلى آخره.

فإذا قيدت الإشهاد عليهم قلت: «من الزوجة فيما ذكر ومن غيرها مطلقًا، ثم تؤرخ »، وإن كان الزوج صغيرًا لنظر أبيه أو وصي أو مقدم افتتحت الخلع كما تقدم إلى فصل قبول الزوج، فتقول: «وقَبِلَ ذلك فلان لولده الزوج المذكور، أو المحجور فلان، وطلقها عليه طلقة واحدة خلعية لما ظهر له في ذلك من الصلاح والسداد» انتهى.

وبيان ما تعلق بهذا الفصل:

قولنا : «طلقة واحدة رجعية».

هذا هو طلاق السُّنة عند العلماء، ونص ما يعقد في ذلك : «طلق فلان زوجه فلانة بعد بنائه بها طلقة واحدة في طهر لم يمسها فيه».

فقولهم: «في طهر لم يمسها فيه»، شرط لما ينبني على إسقاطه من الأحكام كما يأتي بعد إن شاء الله.

فإن كانت الزوجة حاملاً، أو ممن لا تحيض لصغر أو كبر، فلزوجها أن يطلقها متى شاء، وإن كانت ممن تحيض، ولم تكن حاملاً، فلا يحل له أن يطلقها في حال الحيض بإجماع، فإن طلقها في حال الحيض لزمه، إلا أن السلطان يأمره بالرجعة ويجبره على ذلك إن أباه ، وإن كانت المرأة طاهرًا إلا أنه مسها فيه فيكره له أن يطلقها فيه، فإن أوقع الطلاق عليها في هذا الحال لزمه، ولم يجبر على ارتجاعها، وإن لم يمسها في ذلك الطهر فالطلاق في هذه الحال هي السُّنة التي يندب المطلق إليها.

وقولنا: «وإن قصد إلى البينونة بطلقة واحدة» .

إن وقع هذا الطلاق من الزوج، ففي ذلك ثلاثة أقوال:

أحدها: أنها رجعية.

والثاني: أنها البت.

والثالث: أنهـا واحدة بائنة، قـاله ابن القـاسم، **وحكي عن مـالك ، قـال: ابن فتحون:** وبه القضاء، وعلى هذا بنى أهل الوثائق وثائقهم، فإذا وقع مثل هذا فتملك به المرأة نفسها على ما تقدم من قول مـالك، وابن القاسم، ولا يجبر على ارتجاعها ، إن كانت حائضًـا أو نفساء ، ولا يتوارثان في العدة، ولا تجب لهـا نفقة إلا أن تكون حامـلاً ، وتجب لها السكنى ،وفي ذلك خلاف، ويجـب في كل طلاق تحديد تاريخ يومـه؛ لأنه في المدخول بهـا تحسب العـدة منه إن كانت ممن لم تحـض، وإن ذكرت الساعة كان أحوط؛ لأنها إن كانت عدتها بالشهور ، ففيها روايتان:

إحداهما: أنها تعتد من ذلك الوقت إلى مثله.

والأخرى: أنا تلغي ذلك اليوم.

ولو كانت غـير مـدخول بها، ربمـا تزوجت عقب ذلك اليوم، فـإن وقع تاريخ الطلاق مبهـمًا، والتبس هل هو قبل عقـد النكاح أو بعده؟ فالتحـرير في جميع ذلك أولى.

وأما الطلاق الثلاث ، فـاعلم أن طلاق الحر ثلاث، والعبد طلـقتان، ولا تراعى الزوجات حـرائر كن أو إماء، فإذا طلق الحر زوجـه ثلاثًا، أو العبد اثنتين فـقد بانت منه، غير أن الزوجة على الواحدة، في كلمة واحدة بدعة وخلاف السُّنة، ولا تحل له من بعد حتى تنكح زوجًا غيره.

وأما رسم الخلع ، فالأصل فـيه قوله تعالى: ﴿ فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

ويسوغ للزوج ما أخذ منها إذا كان على وجه الطواعية منها له دون إضرار .

والخلع(١) : معاوضة على البضع تملك به المـرأة نفسها، ويملك به الزوج العوض

---

(١) «شرح حدود ابن عرفة» (١ / ١٨٨).

ملكًا تامًا، ولا يفتقر إلى حيازة ؛ لأنه خرج عن عوض بخلاف الهبة والصدقة، هذا هو المشهور في المذهب، وقد وقع في «كتاب ابن المواز» ما يدل على خلافه.

وقولنا في رسم الخلع: «اختلعت» .

معنى الخلع الزوال، والبينونة ، وهو عند مالك طلقة بائنة ولا رجعة له عليها ولا يتوارثان، وهو يلزم بالتراضي، وإيقاع الطلاق، ويلزم بالعقد ، وإن لم يوقع الطلاق، فإن سَمَّيَا طلاقًا لزمه ما سميا ، وإن نوى بالخلع ثلاثًا، واشترطت هي أن تكون في الخلع طالقًا بطلقتين فذلك يلزمه، وإن أخذ منها شيئًا، أو أسقطت عنه شيئًا، وقالا: ذاك بذلك وانقلبت، أو لم تنقلب، ولم يُسَمِّيا طلاقًا فهو طلاق.

فلو قالت له: اخلعني ولك كذا، فقال لها: قد خالعتك، لزمها ما قالت، وإن لم تقل بعد قولها الأول شيئًا.

وهو مثل قوله في النكاح، إذا قال الخاطب للأب في البكر أو لو ليّ بعوض إليه: زوجني فلانة بمائة، فقال: قد فعلت، ثم قال الخاطب: لا أرضى، لم ينفعه، ولزمه النكاح بخلاف البيع، انظر كتاب الغرر من «المدونة»(١).

والفرق بين البيع وبين النكاح والخلع: الحديث: «**ثلاثة هزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق**»(٢) انظر النكاح الأول(٣).

وقولنا فيه: «وتحملت له بخرج عدتها».

يعني كراء مسكنها مدة العدة، فيلزمها ذلك إن كانت الدار بكراء، أو التزمت الكراء له، إن كانت الدار له.

---

(١) «التهذيب» (٢ / ١٦٧).

(٢) أخرجه أبو داود (٢١٩٤)، والترمذي (١١٨٤)، وابن ماجه (٢٣٩)، والدارقطني (٣٦٣٥)، والحاكم (٢٨٠٠)، من حديث أبي هريرة - رضي الله عنه.
قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب، وقال الألباني :حسن.

(٣) «التهذيب» (٢ / ١٦٧).

ولا يجوز أن يفترقا على أن تخرج من داره، فإن وقع ذلك نفذ الخلع وصرفها الإمام إلى داره، واعتدت فيها دون شيء، وإن التزمت له مؤنه حمل إن ظهر بها منه، أو مؤنة الحمل الظاهر بها منه إلى أن تضعه، جاز ذلك أيضًا ويلزمها في الحياة، ويلزم مالها بعد وفاتها، إذا كان ذلك شرطًا في الخلع، ويوقف من مالها بقدر مؤنة الابن إلى انقضاء المدة.

فإن ولدت توأمين لزمها رضاعهما، فإن توفي المولود في خلال ذلك، فلا شيء للوالد عليها، هذا هو المشهور من مذهب مالك وبه القضاء.

وحكى عبد الوهاب رواية أخرى: إنه يرجع عليها بحساب ما بقي.

وإن التزمت له نفقة الولد بعد الحولين إلى الحلم، فذهب مالك وابن القاسم إلى أن ذلك ساقط عنها ولا يلزمها ما زاد على الحولين.

قال كثير من الموثقين: للغرر الظاهر فيه.

وقال المغيرة ، وابن الماجشون، وأشهب وابن نافع: يجوز التزام ذلك بعد الحولين.

قال كثير من الموثقين: وبهذا القول القضاء وعليه العمل.

قال ابن يونس، وقال سحنون: وهو الصواب.

وقال ابن محرز: قول المخزومي أظهر.

قال أبو عمران: قال فضل: وإذا أراد الموثق أن يجمع بين قول المغيرة وابن القاسم في هذه المسألة، كتب أنه خالعها على أن له أخذ ولده منها، فإن طلبت منه بلا نفقة لها عليه لولدها، فيجمع بين القولين.

قال أبو عمران: لأنه يمين ،كأنه إنما أوجب نفقة ولدها عليها عوضًا من كونه عندها، انظر «التعاليق».

واختلف إذا تحملت بنفقة بعد الوضع، ولم يذكر التحمل بنفقة الحمل، هل

تكون لها نفقة الحمل أم لا؟

ففي «كتاب محمد»: لا نفقة لها.

وقال ابن القاسم في «كتاب ابن سحنون»، وابن الماجشون، والمغيرة: لها نفقة الحمل.

قال بعض الشيوخ: وهو أحسن؛ لأنهما حَقَّانِ خالعت على أحدهما، ولم يسقط الآخر.

وقولنا في التحمل بالنفقة: «إلى حد سقوط ذلك عنه شرعًا».

أحسن من قولهم: «إلى بلوغ الذَّكر، ونكاح الأنثى»؛ لأنه إن أتى على الذَّكر الحلم، وهو زَمِن أو مجنون، فلا تسقط النفقة عنه على القول المشهور المعمول به، ولو لم يشترط ذلك.

وقولنا: «إلى الحلم».

لانصرفت النفقة على الأب بعد الحلم حتى يصح، وكذلك يشترط في الأنثى دخول الزوج بها؛ لأن النفقة لا تسقط عنه بعقد النكاح حتى يدخل بها زوجها، فلو دخل بها زوجها ثم طلقها قبل البلوغ لعادت عليه النفقة على الخلاف المتقدم.

وقولنا في الجميع: «إلى سقوط ذلك عنه شرعًا».

أحسن؛ لأنه يدخل فيه جميع ما فسرناه في الذَّكر والأنثى.

قولنا: «على أن ينتزعه منها، ولو تزوجت... إلى آخره».

إن سقط ذلك من الخلع، وتزوجت سقطت حضانتها، وكذلك إن سافرت، أو سافر هو إلى مكان بعيد، أقله ـ على خلاف ـ ما تقصر فيه الصلاة، كان للأب أخذ الولد.

وقولنا: «فإن عجزت أو أعدمت.. إلى آخره».

إن سقط ذلك، وعجزت، أو أعدمت فيبقى الولد إلى حضانتها، وتعود النفقة

على الأب، ثم إن أيسرت الأم، فقيل: فهل يتبعها الأب بما أنفق عليه أم لا؟

فالمشهور من المذهب: أنه يتبعها، قاله مالك وابن القاسم.

وحكى أصبغ عن ابن القاسم: أنه لا يتبعها بشيء.

قال بعض الموثقين: وما تقدم أظهر وبه القضاء.

وإن وقع هذا الشرط وعجزت الأم عن النفقة، وأسلمت الولد إلى أبيه، أو أسلمته أولا عند الخلع، وأسقطت حضانتها فيه، وعلى ذلك طلقها، فإن كان الولد قد علق بأمه، أو كان عليه في ذلك ضرر فلا يجوز.

واختلف إذا لم يكن عليه في ذلك ضرر فهل ينفذ أم لا؟

فقال مالك وجمهور أصحابه: ذلك جائز .

وقال ابن الماجشون: لا يجوز.

فإن كان للولد جدة أو خالة، أو أخت فهل لهن في ذلك كلام أم لا؟

في ذلك قولان:

قال المتيطي: فالذي عليه العمل، وقاله غير واحد من الموثقين: للجدة في ذلك الكلام، وأن الأمر يرجع في ذلك إليها، وقاله أبو عمران.

وقال غيره: يسقط بذلك حق الجدة والخالة، ولا كلام لهما في ذلك ، ولذلك يزيد بعض الموثقين : «وحضرت لذلك الجدة أو الأخت، ووافقت على ذلك» ذكره ابن العطار.

وقد وقع في «المدونة» [(١)]: إنه إذا خالعها على أن يكون الولد عنده، فالخلع جائز وله شرطه.

قال بعض الشيوخ: يخرج من هذه المسألة أن لمن له الحضانة تولية حقه فيها

---

(١) «التهذيب» (٢ / ٢٨٧).

لغيره، وإن أبى من هو أولى من المولي له، إذ لم يشترط هنا في جواز ذلك إن لم يكن ثَمَّ من هو أولى بالحضانة من الأب.

وقولنا: وعلى ذلك أوقع الزوج... إلى آخره.

لتبيين المعاوضة في الخلع، وإن أخذ الزوج بذلك ضامنًا، ثم أعدمت ، أو أثبت أنها في ولاية ، أخذ الزوج بالنفقة، وطالب الحميل بغرم ذلك، هذا في العدم.

وأما إن ثبت أنها في ولاية ، فقال ابن الماجشون: وإن لم يعلم الزوج بسفهها فحقه على الحميل، وإن لم يعلم بذلك الحميل ـ وإن كان الزوج عالمًا بذلك ـ لم يكن له سبيل إلى الحميل، ولا إليها علم بذلك الحميل أو لم يعلم.

وقولنا في الطلاق على الصغير: «ويجوز للأب ولوصيه ، وللسلطان وخليفته الصغير بشيء،يسقطونه عنه، أو يأخذونه له على وجه النظر».

ولا يجوز مبارأتهم على غير ذلك والسيد بمنزلتهم في العبد والصغير، ولابد أن تذكر عند تقييد الإشهاد، معرفة الشهود صغر الابن.

وذهب بعض الشيوخ: إلى أن ذلك شرط كمال.

وقال: فإن سقط ذلك من العقد ، فإن قام في حال صغره، فالعيان ينطق ببطلان قوله، وإن قام في حال كبره نظر إلى تاريخه ووقت قيامه.

فيعلم بذلك أن المبارات وقعت في حال صغره.

ولا معنى لذكر ذلك في عقد الإشهاد إلا على طريق التمام والكمال، والأول أظهر .

فإن اكتشفت بعد الخلع، أن بالزوج جنونا أو جذامًا ، أو أن الزوج كان يضر بزوجه إلى أن اختلعت له ، فإنها ترجع عليه بما خالعته به في القيام بالضرر، ويلزمه الطلاق، واختلف فيما عدا ذلك.

وإن كان الزوج سفيهًا كبيراً ، فروى ابن القاسم عن مالك في «العتبية»: أن

وصيه ينكحه بغير إذنه ، ويبارئ عنه، وقد تقدم في فصل الإنكاح.

والمشهور من المذهب: إنه لا يفعل ذلك إلا برضاه.

وقاله ابن الماجشون ، ونحوه في «المدونة» ، وقد تقدم.

وأما العبد الكبير فحكم الذكر حكم السفيه البالغ.

* * *

عقود الرجعة

عقد رجعة من طلاق رجعي.

تكتب في ذلك في رسم الصداق: « ارتجع فلان المذكور فيه زوجه فلانة المذكورة معه فيه من طلقة واحدة رجعية».

فإن كان الطلاق في رسم الصداق اكتفيت بالإشارة إليه، وإلا قلت: «من طلقة واحدة رجعية أو حنثية أوقعها عليها منذ كذا ارتجاعًا تاما بما جاز له من ذلك».

هذا إن كانت العدة لم تنقض، فإن انقضت العدة أو كان الطلاق قبل البناء، أو بائنًا أو خلعيًا ، فتقول: «راجع الزوج فلان المذكور فيه زوجه فلانة المذكورة معه فيه من الطلاق المرسوم فيه»، وتشير إليه، وتصفه بما كان وقع، على أن بذل لها في رجعتها هذه كذا نقدًا، وأبقاها على كاأها المذكور فيه ، إن لم يكن وقع الخلع به.

فإن كانت خالعته على إسقاطه فتقول: «وكالئها على نفسه كذا، يؤديه لها على كذا، راجعها على الكتاب والسنة، راجعها إليه وليها فلان، أب أو وصي أو أخ، أو قاض» على ما تقدم في رسم الصداق.

وإن كان في الصداق شروط ذكرت أنها باقية عليه، وهو صواب.

فقه ما تعلق بالرجعة والمراجعة.

قولنا: «ارتجع كذا».

تبتدئ كل رجعة من طلاق رجعي؛ لأن الزوج هو المنفرد بذلك دونها .

وافتعل يكون للواحد، وكل طلاق بائنًا تبتدئ فيه بـ«تراجعا»؛ لأن الزوج لا ينفرد بذلك، ولا يكون له ذلك إلا برضاها، والمفاعلة لا تكون إلا من اثنين.

وقولنا: «بما جاز له من ذلك» صحيح .

صحيح؛ إذ لا يحتاج في الرجعة من طلاق رجعي إلى وليّ، ولا إلى صداق،

ولا رضى من المرتجعة.

وقولنا: «هذا إذا كانت العدة لم تنقض» .

بيان ليقع العقد صحيحًا لا نزاع فيه، فإن صدقته الزوجة في ذلك، كان صوابًا وارتفع الاختلاف ، وإن كذبته، فأما من عدتها بالشهور فهي والرجل في معرفة انقضاء العدة سواء.

وأما من عدتها [بالأقراء، وكذبته، وادعت انقضارها في مدة تنقضي فيها عدتها صدقت][١] ، وسقط حق الزوج في الرجعة، وإن كانت مدة قريبة لم تصدق، وإن أشكل الأمر ، فقال في كتاب «إرخاء الستور»[٢] : يسئل النساء، فإن أمكن صدقت.

وقال في موضع آخر[٣] : إذا قال الزوج: قد راجعتك فأجابته به لكلامه: قد انقضت عدتي، فإن مضت مدة، وتنقضي في مثلها العدة صدقت بغير يمين، وإلا لم يصدق .

وإن قالت: قد انقضت عدتي بسقط، قُبِلَ قولها، وإن كان ذلك بعد الطلاق بيومين، وإن أشهد على رجعتها ، فصمتت ، ثم ادعت بعد يوم أو أقل أن العدة قد انقضت لم تصدق، وثبتت الرجعة.

هذا قوله في «المدونة»، فجعل السكوت رضى وهو بيِّن؛ لأنها محمولة على أن عدتها لم تنقض، فتأمل ذلك.

والإشهاد على الرجعة مستحب وإلى ذلك مال أبو الحسن بن القصار .

وقيل: ذلك واجب ،حكاه أبو بكر القاضي.

قال المتيطي: الصحيح أنه مندوب إليه وليس بواجب.

---

(١) سقط من أ.

(٢) «التهذيب (٢ / ٣٩٣).

(٣) «التهذيب» (٢ / ٣٧٧).

ولا تكون إلا بالنية مع القول أو ما يقوم مقام القول بما لا يصح فعله إلا بعد الرجعة، مثل الوطء والقبلة والمباشرة للذة ، وإما لشبه ذلك.

فإن لم ينو ذلك فليس برجعة، خلافًا لليث وابن وهب في قولهما: إنها رجعة، وإن لم ينو.

فإن تمادى على الوطء حتى انقضت العدة ثم طلق .

قال أبو محمد : لا يلزمه الطلاق؛ لأنها أجنبية إذ ليست هذه الرجعة صحيحة.

وقال أبو عمران: يلزمه الطلاق؛ لأنها رجعة مختلف فيها،قاله في «النكاح الثاني» من «تعاليقه».

وهذا الخلاف مبني على اختلاف قول مالك في «النكاح الأول» فقول أبي محمد مبني على قوله: [«كل نكاح كانا مغلوبين على فسخه»(١)، وقول أبي عمران مبني على قوله](٢) «كلما اختلف الناس في إجازته ورده»(٣) ، انظر هناك، فإن وطئها في العدة، ولم ينو بذلك الرجعة.

قال عبد الحق: لا يكون ذلك رجعة انظر تمام كلامه في «النكت» .

وقولنا: «إن كان الطلاق قبل البناء».

وأصدقها في هذه المراجعة النصف الساقط عنه بالطلاق ذكرت ذلك، وإن زادها شيئا ذكرته.

وإن كان طلقها على إسقاط النصف الواجب لها فينبغي أن تذكر عند المراجعة، أن الزوجة كانت أسقطت عنه النصف الواجب لها، وأنه راجعها الآن على كذا لئلا تضييع المبارأة وتطلبه بالنصف الأول وبما أصدقها ثانيًا.

---

(١) سقط من أ.

(٢) «التهذيب» (٢ / ١٥٤).

(٣) «التهذيب» (٢ / ٢٠٥).

وقولنا في الرجعة من الطلاق البائن: «ذكر الولي والصداق، ورضا الزوجة إن كانت ثيبًا حكمه حكم ابتداء النكاح سواء».

لأنها بالطلاق ملكت أمر نفسها فصار هو وغيره في ذلك سواء، إلا أنه ينفرد بمراجعتها في العدة، دون غيره؛ لأن العدة منه، والماء ماؤه، إلا أن تكون مريضة أو حاملاً مثقلاً قد بلغت ستة أشهر، فحكمها حكم المريضة.

وقد ضَمَّنَ بعد الموثقين في هذه المراجعة: أن الزوجة قد كانت اختلعت منه، وأنه كان طلقها على ذلك.

ثم قال: وفي ذكرنا أنها اختلعت له بجميع حقوقها قِبَلَه دليل على أنها لا شيء لها إلا ما يعطيه لها في هذه المراجعة، وأما إن كانت دون خلع بكالئها، فإنه ثابت عليه حتى يأتي بالبراءة.

فلأجل ذلك لابد من التنبيه على ذلك بيانًا يرفع الاحتمال.

وإن كان عقد لها في كتاب صداقها شروطًا فلا يقطع ذلك طلاقها، ولا خلعها، وهي لازمة له، ما لم تبن منه بالثلاث ، فإن ارتجعها على إن سقطت عنه شروطًا لم ينفعه ذلك، وثبت للزوجة عليه.

وهذا فيما ينعقد من الشروط بطلاق فيها وفي غيرها، أو يعتق في سرية أو أم ولد، فأما ما انعقد بتمليكها فلها إسقاطه؛ لأن ذلك بيدها، فإن ارتجعها على ذلك نفعه.

فصل:

فإذا تزوج صبي صغير أو كبير سفيه بغير إذن مَنْ له عليه ولاية مِنْ أب، أو وصيّ، أو تزوج عبد بغير إذن سيده، وعلموا بذلك، فلهم النظر في الإجازة أو الرد، فإن أجازوا ذلك كتبت في ذلك: «لما انتهى فلان ابن فلان الفلاني، أن ولده فلانًا الصغير في حجره وتحت ولاية نظره، أو ولده فلانًا البالغ السفيه، الباقي في

ولايته بوجه كذا، أو محجوره فلانًا الذي إلى نظره بإيصاء صحيح، أو تقديم، أو عبده فلانًا تزوج بغير إذنه، ولا أمره، فلانة بنت فلان الفلاني، بصداق مبلغه كذا ونظر في ذلك وتأمله فألفاه سدادًا ونظر في حقه، فاقتضى نظره أن أمضاه، وأجازه، وألزمه [النكاح على الوجه](١) المذكور إجازة تامة، وإمضاء عامًّ» ثم تقول: «شهد على إشهاده بذلك، وهو بحال كمال الإشهاد، وإن ضمن الشهود معرفة السداد في ذلك كان إثما، وإن ألفاه غير سداد ولا نظر فيه للزوج المذكور، وإن ثبت الوجه الذي كان به غير سداد كان إثمـا»، ثم تقول: « فسخ النكاح المذكور عنه، وحله منه بطلقة واحدة تملك بها الزوجة أمرها» إن كان ذلك بعد البناء، وإن كان قبل البناء استغنت عن ذلك، ثم تكمل العقد إلى آخره على ما تقدم.

وإن زدت بعد التاريخ ممن يعرف أن النكاح غير سداد كان أيضًا أتم.

فقه ما يتعلق بهذا الفصل:

اعلم أن الصبي إذا تزوج بغير إذن أبيه، أو وصيه ، فالمشهور من المذهب: أن للأب أو الوصي إجازة ذلك أو رده، وهو مذهب «المدونة».

قال(٢) : إن تزوج صبي بغير إذن أبيه أو وصيه، ومثله يقوى على الجماع، فإن أجازه وليه جاز كبيعه وشرائه.

وأنكر هذا سحنون ، وقال: لا أعرف هذا إلا في السفيه، وأما الصبي فلا.

وإن [رأى فَسْخَهُ](٣) فَسَخَهَ، فإن فسخه قبل البناء أو بعده فلا صداق لها؛ لأن وطأه كلا وطء.

قال بعض الشيوخ: ظاهره وإن اقتضاها ،وإنما لا يكون لها شيء، لأنها سلطته

---

(١) سقط من أ.

(٢) «التهذيب» (٢ / ١٦٠).

(٣) زيادة من «التهذيب» (٢ / ١٦٠).

[على نفسها][(١)] وأما السفيه إن تزوج بغيـر إذن وليه فلوليه إجازة ذلك أو رده، فإن أجازه فلا إشكال ، وإن رده فلا يخلو أن يكون ذلك قبل البناء أو بعده، فإن كان قبل البناء سقط جميع الصـداق، وإن كان بعد البناء رد إليه جميع ما أصـدقها إلا قدر ما يستحل به، والجاري على أصل «المدونة»: أن يترك لها ربع دينار دينة كانت أو جيده، وهو قدر ما يسـتحل به فرجها، كالـعبد يتزوج بغير إذن سـيده، وهو الصواب، وإن كان اختلف في ذلك على أربعة أقوال:

فقال مالك: يترك لها ربع دينار.

وقال ابن الماجشون: لا يترك لها شيئًا.

وقال ابن القاسم في «كتاب محمد» : يجتهد في الزيادة لذات القدر.

وقال أصبغ: تزاد ما يرى ولا يبلغ به صداق مثلها، انظر اللخمي.

فإن لم يعثر على ذلك حتى ترشد المولى عليه.

فقـال ابن محرز عن إسـماعـيل القاضي: النكاح ثابت، وكذلك لعـبد الملك بن الماجشون في أصله في المولى عليه إذا باع واشترى ثم ترشد: إن رشده يمضي أفعاله، وقد يشبه أن يعود له ما كان بيد وليه من النظر في أفـعاله، فيجيز منها ما كان نظرًا، ويرد منها ما سوى ذلك فهذا مما ينظر فيه.

وقد صرح ابن رشد بالقولين إن غفل عن النظر في فعل المحجور حتى ولي أمره فإن فات أحد الزوجين قبل النظر، فإن مات الزوج.

فقال ابن حبيب: لا ميراث لها ولا صداق، وإن مـاتت هي، فالنظر لوليه، فإن أجازه وَدَّى الصداق، وأخذ الميراث، وإن فسخه لم يرثها.

وذكر أصبغ عن ابن القاسم[(٢)] : أنهما يتوارثان ويمضي الصداق ؛ لأن النظر قد

---

(١) سقط من أ.

(٢) انظر: «النوادر والزيادات» (٤ / ٤١٧)، و«المنتقـى» (٣ / ٢٨٦)، و«البيان والتحـصيل» (٥ / ٨٩)، و«الذخيرة» (٤ / ٢٠٧).

فات بالموت، انظر ابن يونس[١] .

وحكى ابن رشد في كتاب المأذون من «المقدمات»[٢] في موت الزوج ثلاثة أقوال، وحصل فيها في «سماع أصبغ» من كتاب «النكاح الخامس» ثمانية أقوال انظرها هناك[٣].

وأما العبد إذا تزوج بغير إذن سيده فإن أجازه سيده جاز سواء قرب أو بعد، قاله عبد الحق في «النكت»؛ لأنه يعقد على نفسه.

قال ابن يونس[٤]: **وقال أبو الفرج**: القياس ألا يصح نكاح العبد بوجه كالأمة، فصار في إجازته قولان انظره.

وحكى اللخمي ما قال أبو الفرج ثم قال: لأنه انعقد على خيار، ثم قال: والأول أبين؛ لأنهما لم يدخلا على خيار، وإنما دخلا على البت.

فإن لم يعلم السيد بنكاحه حتى أعتقه جاز نكاحه، ولم يكن للسيد رده ولا للعبد، أما السيد فكما لو وهبه؛ لأنه لا ضرر يلحقه ، وأما العبد محمله محمل الموهوب، فلا يكون له أن يتصرف فيما لا يملكه سيده، وإن باعه قبل علمه لم يكن للمبتاع فسخه، فإما رضيه أو رده، فيفسخ البائع نكاحه أو يجزه.

وقد قال بعض الشيوخ: أن السيد إذا باعه قبل علمه بنكاحه هل يكون له فسخه وهو في ملك الغير أم لا؟ فذكر في ذلك عن ابن محرز قولين، ولم يحك ابن محرز في الهبة خلافًا: أنه ليس للسيد بعد الهبة فسخ.

وفرق بين الهبة والعتق، وبين البيع بتفريق، انظره.

---

(١) «الجامع» (٤ / ٢٩٨).

(٢) «المقدمات» (٢ / ٣٤١).

(٣) وانظر: «الذخيرة» (٤ / ٢٠٧).

(٤) «الجامع» (٤ / ٢٠٨).

وأما إن مات السيد، فلورثته من الإجازة والـفسخ ما كان للسيد، ولا خلاف في الوارث.

وقد حكى ابن رشد وغيره من الشيوخ: الخلاف في المشتري هل له فسخه أم لا؟ وكذلك يلزمـه في الموهوب ، وإذا قلنا بالفسخ وفـسخه السـيد، فإن كـان قبل البناء سقط جميع الصداق عن العـبد، واسترجعه السيد إن كـان دفعه، وإن كان بعد البناء استرجع جميع ذلك، إلا ربع دينار وهو قدر ما تستحل به.

وللمرأة أن تتبع بذلك العبد إن عتق [وأبطله][1] السيد أو السلطان في غيبة السيد سقط ولم يكن لها أن تتبعه بذلك، ولا يكون الفسخ في جميع ذلك إلا بطلقة واحدة تملك بها المرأة نفسها، وقد قيل في العبـد: للسيد أن يطلق عليه طلقتين جميع طلاق العبد على اختلاف الروايتين، فإن وقع الفسخ بطلقة فلا تكون في العبد ولا في غيره إلا بائنة؛ لأن كل طلاق جبر إلا طلاق المولِيّ والمعسر بالنفقة.

ولنلحق بهذا الباب فصلاً في اختلاف الزوجين بعـد صحة العقد وبعد الفراق أو الموت من النزاع.

فنقول: اختلاف الزوجين إما أن يكون في العـقد، هل وقع أم لا؟ فإن اتفقا في العقد واختلفـا في قدر الصداق أو في قبضه، فذلك مع بقاء الزوجـية أو بعد الفراق بطلاق، أو يقع ذلك بين ورثة الزوج أو الزوجة أو بينهما جميـعًا في موتهما أو موت أحدهمـا ، فأما إن وقع الاخـتلاف في العقـد، هل وقع أم لا؟ مثل أن يَدَّعِي رجل نكاح امرأة، أو تـدَّعِيه المرأة ، فـلا يخلو أن يكونا معًـا أم لا، فإن كانـا طارئين فإن صدقته أُقِرَّ على نكاحها ، فإن ادعى ذلك الرجل وأكذبته المرأة وعجز عن إثبات ذلك لزمها اليمين؛ لأنها لو أقرت له بما ادعاه من النكاح كانا زوجين، انظر «سماع أصبغ» من «النكاح الخامس»[2] .

---

(١) سقط من أ.

(٢) «البيان والتحصيل» (١٠ / ١٠٦)، و«النوادر والزيادات» (٩ / ٣٨٠).

وإن لم يكونا طارئين فلا يمين على واحـد منهما، إذا لا يقـضي بنكوله، وفارق البيـوع؛ لأنه لا يستبـاح فرج في سنة النبي ﷺ إلا بصـداق وبينة وولي، فلا يعـقد نكاح بيمين.

فلو أقام الزوج شاهدًا ، فهل تحلف المرأة أم لا؟

فنقل ابن يونس[١] **عن بعض العلماء** : أن الرجل إذا أقام شاهدًا ، فـاستحلفت المرأة فنكلت لم يلزمها النكاح، ولا تسجن كما يسجن الرجل في الطلاق.

فظاهر كلامه: أنها تستحلف وهي يمين لا يلزم بالنكول عنها حكم.

قـال ابن محـرز: بخـلاف إذا مات الزوج وأقـامت المرأة شاهدًا بالنكاح، أنهـا تحلف، فتأمله .

وقد وقع في سماع يحيى[٢]: أن النكاح يلزمها بالنكول، إذا كان ثَمَّ سبب يدل على دعواه .

وانظر سماع عبد الملك[٣] في الذي يزوج ابنته البكر ولا ولد له غيرها، فيموت الأب، فتزعم الابنة أنها ليست ابنته وإنما كانت يتيمة، قال: لا يلتفت إلى قولها.

وفي «النوادر»[٤] **لسحنون**: أن النكاح لا يلزمها إلا أن تعرف البينة التي شهدت على النكاح عينها أو غيرها، فيلزمها .

قال ابن رشد[٥] : وقوله حقيقة القياس، انظر «رسم الكبش» من «سماع يحيى».

مسألة من هذا المعنى، فلو اختلفا في قدر الصداق، وذلك قبل البناء أو بعده مع

---

(١) «الجامع» (٤ / ١٩٢).

(٢) «البيان والتحصيل» (٤ / ٣٢١).

(٣) «البيـان والتـحصـيل» (٥ / ٥٧)، و«الذخـيرة» (٤ / ٢٢١)، و«الإعـلام بنوازل الأحكام» (ص/ ١٧٩).

(٤) «النوادر والزيادات» (٨ / ٩٢).

(٥) «البيان والتحصيل» (٥ / ٥٨).

بقاء الزوجية أو انقضائها، فالأصل في تداعي الزوجين في الصداق قول النبي ﷺ: «**إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة، فالقول قول البائع، والمبتاع بالخيار**»(١).

وفي حديث آخر: «**فالقول قول البائع ويتحالفان**» وهو راجع لقوله ﷺ: «**البينة على من ادعى واليمين على من أنكر**»(٢).

وقوله ﷺ: «**شاهداك أو يمينه**»(٣).

قال بعض الشيوخ: وكذلك المرأة وزوجها إذا اختلفا قبل الدخول، فالمرأة بائعة لنفسها، والزوج مبتاع، فإن فات أمرهما بالدخول، فالقول قول الزوج؛ لأنه قد فات أمرها بقبضه، فهي مُدَّعِيَة، فجعل الاختلاف في الصداق بمثابة الاختلاف في الثمن، فإذا اختلفا في الصداق قبل البناء، حلفت المرأة على ما ادعت، ويخير الزوج فإما أن يرضى بقولها، وإلا حلف وفسخ النكاح.

عياض: قيل: ظاهره بغير طلاق، وقد يقال: بطلاق، فلو أراد الزوج بعد التحالف إتمام النكاح بما قالت المرأة أو أرادت ذلك المرأة، بما قال الزوج.

قال أبو عمران: النكاح تام كالبيع، ويجري ذلك على الاختلاف في البيع.

ورجح ابن محرز ما ذهب إليه أبو عمران، وإليه ذهب ابن حبيب.

وقد اختلف في هذه المسألة في مواضع:

أحدها: من المبدأ باليمين هل الزوج أو الزوجة؟

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥١١)، والنسائي (٤٦٤٩)، والترمذي (١٢٧٠)، وابن ماجه (٢١٨٦)، وأبو يوسف في «الآثار» (٨٣٠)، والطيالسي (٣٩٩)، وعبد الرزاق (١٥١٨٥)، وابن أبي شيبة (٢٠٨٥٥)، وأحمد (٤٤٤٢)، والدارمي (٢٥٩١) من حديث ابن مسعود - رضي الله عنه- قال الألباني: صحيح.

(٢) أخرجه الترمذي (١٣٤١)، والدارقطني (٣١٩١)، والبيهقي في «الكبرى» (١٦٤٤٥) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده،- رضي الله عنه- قال الألباني: صحيح.

(٣) أخرجه البخاري (٢٥١٥)، ومسلم (١٣٨) من حديث ابن مسعود - رضي الله عنه.

الثاني: هل تحالفهما فسخ كاللعان أو حتى يتفاسخا؟

الثالث: هل نكولهما كأيمانهما أو يعود القول قول الناكل منهم أولاً؟

الرابع: إذا أتى أحدهما بما يشبه والآخر بما لايشبه، أما التبدية، فقال مالك: تبتدأ الزوجة أو الولي.

وروى الواقدي: أنه يبدأ الزوج، فإذا تحالفا، فقال سحنون: هو فسخ.

وقال ابن حبيب: الزوج بالخيار حتى يقع الفسخ، وهذا أرجح عند بعض الشيوخ وأما لو نكلا فقيل: بمنزلتهما لو حلفا، وقيل: القول قول المرأة.

قال بعض الشيوخ: الأول أحسن، فإن أتى أحدهما بما يشبه، والآخر بما لا يشبه فقال مالك مرة: يتحالفان ويتفاسخان.

وقال مرة: القول قول من أتى بما يشبه دون الآخر.

قال بعض الشيوخ: وهو أصوب لأن ذلك لا دليل له، كالشاهد، فلو كانت الزوجة بكرًا زوجها أبوها، فإن الأب يحلف، انظره بعد.

وإن كانت الزوجة غير ذات أب، وهي بكر مهملة فهي التي تحلف؛ لأنه كان يمكنها أن تتوثق بالإشهاد، فلو كانت ذات وصيّ، فهل تحلف هي أو الوصيّ؟ تردد في ذلك بعض الشيوخ، انظر نكاح «العتبية»[1].

فإن ادعت الزوجة تسمية، وادعى الزوج تفويضها، فوقع في «المدونة»[2]: أن القول قول الزوج.

قال اللخمي: يحمل قوله على أن النكاح يكون عندهم على تسمية، وعلى تفويض، وإن كان قوم عادتهم التسمية خاصة لم يصدق الزوج إذا ادعى التفويض، وكان القول قول من ادعى التسمية إذا أتت هي أو وليّها بما يشبه.

---

(١) «البيان والتحصيل» (٤ / ٢٦٦).

(٢) «التهذيب» (٢ / ٢٠٣).

قال ابن حبيب في اختلاف الزوجين قبل البناء: تحلف الثيب وإن كانت بكرًا حلف الأب، ثم للزوج الرضا أو يحلف ويفسخ النكاح، كان اختلافهما في كثرة الصداق وقلته أو في نوعه، وأما بعد البناء فيحلف الزوج، ويبقيان زوجان إن اختلفا في العدد، وإن كان في النوع تحالفا، ورُدَّت الزوجة لصداق مثلها، إلا أن يرضى هو بما ذكرت أو ذكر الأب في البكر، وإنما كان يحلف الأب في صداق البكر لأنه كوكيل مفوض إليه وهو وليه، فلم يكن لها فيه رأي ، وإلا فظاهر كلام ابن حبيب: أن لها صداق المثل مطلقًا، كان أقل من قيمة ما ادعت أو دون ما ادعى الزوج، وهذا بخلاف البيع، انظره.

فلو ادعى الزوج أنه دفع الصداق، فإن كان قبل البناء صدقت الزوجة، وتحلف وإن نكلت، وحلف وبرئ ، وإن كان بعد البناء، فالقول قول الزوج، ويحلف أيضًا، وقد وقع في «المدونة» أن القول قول الزوج، ولم يذكر يمينًا .

فقال عياض[١]: وذكر غيره اليمين ، وهو أصله في «الكتاب» في الباب كله، أينما كان القول فيه لأحدهما، إنما هي اليمين .

قال عياض: وهذا كله فيما ادعى أنه كان دفعه قبل الدخول من معجل أو مؤجل، وأما إن ادعى أنه دفعه بعد الدخول فلا يصدق فيه إذ صار كسائر الديون .

قال ابن المواز: لا يقبل قولها بعد الدخول، ولا يدخل النساء إلا بعد القبض وذلك العرف الغالب إلا الخاص، وإنما يحمل الأمر على الغالب، والدخول كالشاهد.

زاد ابن يونس[٢] : وليس يكتب الناس بالصداق براءات، وكذلك لو أخذت بالصداق حميلاً، فادعى دفعه مثل الزوج سواء ، قاله ابن القاسم في «العتبية».

انظر لو أخذت رهنًا.

---

(١) «الإكمال» (٤ / ٥٧٨).

(٢) «الإجماع» (٢٦٧)

قال سحنون: هو كالحميل.

وقال يحيى في «المنتخبة»[1]: القول قولها مع يمينها، انظر ابن يونس[2].

فلو نكحها على نقد ومؤجل، فادعى بعد البناء أنه دفع المؤجل وكذبته.

قال في «المدونة»[3]: فإن بنى بها بعد الأجل صدق.

قال ابن يونس[4]: إن كان المهر يحل بالبناء عندهم، فالقول قول المرأة.

قال اللخمي: وإن كان يحل بعد البناء فلم يدخل حتى حل، فقال مالك: القول قول الزوج، أنه دفع قبل أن يدخل؛ لأنه [يقول][5]: لها أن تمنع نفسها حتى تقبض المؤجل إذا حل، وعلمت أن ذلك لها.

وقال ابن عبد الحكم: له أن يبني بها وتطلبه، ومثله في «السليمانية».

قال اللخمي: وهذا أبين، فلو مات الزوجان أو أحدهما، فاختلف الورثة فهم في ذلك بمثابة حيين إلا في اليمين.

فقد قال في «المدونة»[6]: إن قال ورثة الزوج في المدخول بها: قد دفعه، أو قالوا: لا علم لنا فلا شيء عليهم، وإن ادعى ورثتها العلم عليهم حلفوا أنهم لا يعلمون أن الزوج لم يدفع الصداق، ولا يمين على غائب.

ومَنْ يُعلم أنه لا علم عنده، ظاهره: ولا يمين ولا غيره.

ثم قال: وإن ادعى، فكأنه استثنى من هذا الوجه اليمين، وإن كانت الصيغة لا

---

(١) «المنتخبة» تأليف الإمام العلامة الفقيه: «يحيى بن عمر الكناني، المتوفي سنة (٢٨٩) للهجرة، و«المنتخبة» عبارة عن اختصار لـ: «المستخرجة».

(٢) «الجامع» (٤ / ٢٧٣).

(٣) «التهذيب» (٢ / ٢٠٣).

(٤) «الجامع» (٤ / ٢٥١).

(٥) في ج : يكون.

(٦) «المدونة» (٢ / ١٦٦)، و«التهذيب» (٢ / ٢٠٣).

تقتضي الحصر لكنه زاد في «الأم» بعد ذكره هذا الوجه .

قال: وليست عليهم يمين إلا في هذا الوجه.

فهو نص على اليمين عليهم إلا في دعوى العلم إذا كان ممن يظن به العلم.

قال اللخمي: القول قول الورثة مع أيمانهم ، فإن قالوا: لا علم لنا، وكانوا ممن لا يخالطونه برءوا بغير يمين، وليس الولد كالعصبة، فيظهر من كلامه: أن اليمين متجهه، عليهم بكل حال إلا في هذا الوجه، فتأمل ذلك.

وحمل ابن رشد ما وقع في النكاح: أنه لا يمين على الورثة .

وذكر في «العتبية»[1]: إن على الورثة أن يحلفوا .

فقال ابن رشد إثْر[2]: الرواية أوجب اليمين على الورثة في هذه الرواية على العلم، وإن لم تدع ذلك المرأة عليهم، بخلاف ما في «كتاب النكاح الثاني» من «المدونة» ، من أنهم لا يمين عليهم إلا أن تَدَّعي عليهم العلم، انظر رسم الطلاق من «سماع أشهب» من «كتاب النكاح الثاني»، انتهى.

تم باب النكاح باختصار ، والحمد لله على نعمه.

* * *

---

(١) «البيان والتحصيل» (١٣ / ٣٧٤).

(٢) «البيان والتحصيل» (٤ / ٣٦٤).

باب البيوع

البيوع[1]: تنقسم إلى قسمين : بيع منافع، وبيع أعيان.

فبيع المنافع على قسمين:

جماد يترجم عنه بكراء الدور والأرضين ،وحيوان، وهو على قسمين: حيوان يعقل وهو الذي يعبر عنه بالجعل والإجارة، وحيوان لا يعقل، وهو الذي يترجم عنه بكراء الرواحل، والدواب.

وبيع الأعيان ينقسم إلى قسمين:

قسم يتأخر فيه المثمون: وهو الذي يترجم عنه بالسَّلَم.

وقسم يتأخر فيه الثمن: وهو الذي يترجم عنه ببيوع الآجال.

وهناك قسم ثالث :حاضر بحاضر، وهو ينقسم إلى أقسام: عين بمثله وهي المراطلة، وعين بعين غيره، وهو الصرف، وحاضر مرئي بعين، وحاضر بغائب، وهو بيع الشيء الغائب.

فنبدأ الآن بابتياع العقار برسم جامع.

«اشترى فلان ابن فلان الفلاني من فلان ابن فلان الفلاني، في صفقة واحدة، وعقد واحد جميع الدار الأصل الكائنة بموضع كذا من مدينة كذا، وتتصل من القبلة بكذا، ومن الجوف بكذا، ومن الشرق بكذا ومن الغرب بكذا.

وفي شهرتها باسم فلان ما يغني عن التحديد بمنافع الدار المذكورة ومرافقها ، وكافة حقوقها كلها، الداخلة فيها، والخارجة عنها، المعلومة لها، والمنسوبة إليها

---

(١) قال ابن عرفة: البيع: الأعم عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة». ا هـ. «شرح صدور ابن عرفة» (١ / ٢٣٢).

اشتراء صحيحًا تاما مبتولاً لم يتصل به شرط وثنيا ولا خيار، بثمن مبلغه كذا وكذا دينارًا من سكة كذا.

أحضر المشتري المذكور جميع الثمن الموصوف، ودفعه بأجمعه إلى البائع المذكور، فقبضه منه قبضًا تاما كما يجب بالمعاينة، وأبرأه منه ، فبرئ ، وتملك المشتري المذكور مشتراه المذكور تملكًا تاما صحيحًا، وحل في ذلك محل البائع المذكور، ومحل ذي المال في ماله، وذي الملك الصحيح في ملكه على السنة في ذلك.

والمرجع بالدرك، والمشتري المذكور عالم بأحوال مشتراه المذكور، وبصفته وكيفيته ولم يخف عليه شيء من أحوال ذلك، ولا جهله، فرضي مشتراه المذكور رضا تاما كما يجب، وعرف قدره ، وشهد عليهما به في صحة وطوع وجواز، وعرفهما، وفي كذا».

فإن كان المبيع دارين، أو دورًا، أو أرضًا، أو جنانًا، أو فدانًا، أو فرنًا، أوحمامًا، أو حانوتا، أو غير ذلك، ذكرته وحددته ووصفته ، وصفًا محكمًا يرفع الإشكال ويسقط التنازع.

وإن كان البائع اثنين أو جماعة ذكرت ، وفسرت الشركة بينهم هل على التساوي، أو على المفاضلة.

وكذلك إن كان المشتري اثنين أو ثلاثة، أو أكثر، ذكرت ذلك، وفسرت الشركة في الشيء المشترى ، كيف هي.

وكذلك تذكر في دفع الثمن أنهم دفعوه على حسب شركتهم.

وكذلك إن كان البائع جماعة ذكرت أنهم قبضوا الثمن على حسب شركتهم.

وإن كان المبيع أنقاضًا على قاعة للمخزن أو على قاعة للحبس، أو للرعية، ذكرت ذلك.

وقلت : «جميع النقض والبناء القائمين دارًا أو مصرية، أو حانوتًا على قاعة

للمخزن أو للحبس، أو للرعية» وتبني على ما تقدم إلى قوله: «بمنافعها ومرافقها»، فتزيد في ذلك من كل ما له قيمة، وفيه بعد قلعه منفعة.

وتتم العقد إلى قوله: «وهو عالم بأحوال ذلك»، فتزيد فيه: « وهو عالم بما يلزم المبيع المذكور من الجزاء في ابتداء كل عام على أوله، وفي وقت اندفاعه» .

وإن كان أمد الجزاء منصرمًا، قلت: «وبانصرام أمد إجازته».

وإن كان بقي شيء من أمد جزاء القاعة .

قلت: «وهو عالم بما بقي من أمد إجازة قاعتها، وهي كذا» ثم تذكر بعد التاريخ تولية البائع للمشترط جزاء ما بقي من المدة، فتقول: « وولي البائع المذكور للمشتري جزاء ما بقي من المدة التي قدرها كذا بما يلزمه من الجزاء».

وذلك كذا في كل عام، يدفع المولى له ذلك في وقت كذا تولية صحيحة عرفا قدرها» ثم تكمل الإشهاد .

وإن كان المبيع غرسًا شجرًا، أو زيتونًا، أو عنبًا، أو ما كان من سائر الفواكه، ذكرت ذلك على ما تقدم.

وإن كان البائع بائعًا عن غيره بوكالة، ذكرت ذلك، وقلت: «اشترى فلان من فلان البائع على فلان بتوكيل».

فإن كانت نسخته، أعلى رسم الابتياع أشرت إليه، وإن كان في علم شهوده، نبهت على ذلك وقلت: «بشهادة شهوده».

وإن كان البائع أبا على ولده الصغير في حجره، أو السفيه البالغ الذي في ولايته، أو الوصيّ على يتيمه، أو المُقَدَّم مِنْ قِبَل القاضي له ذلك، أو كان تقديمه مطلقًا، لم يستثن عليه فيه شيء، ذكرت ذلك وفسرته، فتقول: «البائع على ولده فلان الصغير في حجره، أو فلان البالغ الباقي في حجره، بتجديده الحجر عليه في وقت جائز له، ذلك أو البائع على فلان ابن فلان الذي إلى نظره بإيصاء صحيح من

قبل والده المذكور ـ أو الذي إلى نظره ـ بتقديم صحيح من قبل من يجب له ذلك.

فإن كان الإيصاء أو التقديم منتسخًا أعلى رسم التبايع أشرت إليه كما تقدم، وكذلك إن كان المشتري اشترى لغيره بسبب من الأسباب المذكورة، ذكرت ذلك، وقلت: «اشترى فلان لفلان بحكم كذا» تفسر ذلك الوجه الذي اشترى به من صغر في الابن أو حجر، أو إيصاء، أو تقديم، أو توكيل.

وإن كان المشتري ليس له نيابة عن المشترى له، ولا دلالة قلت: «اشترى فلان لفلان بماله، ومتاعه، ويده في الشراء له يد عارية نيابة عنه، وكفاية، ولا حق له معه في ثمن ولا مثمون ، ولا دعوى ولا حجة» ثم تكمل العقد.

وإن شئت عقدت مثل ذلك في الفصل الذي قبله ، لكن جرت كُتُبُ الموثقين على ما تقدم.

* * *

بيان ما تقدم من النصوص

فقولنا: «اشترى فلان».

بمعنى ابتاع، وشـرى بمعنى باع، ووجب تقديم اسم المشتـري على البائع؛ إلا أن يكون للبائع فضل من نسب أو علم أو غير ذلك، فتقدم اسمه [لفضيلته](١).

وقولنا: «في صفقة واحدة وعقد واحد».

كذا جرت كتب المتأخرين سواء كان البائع أو المشتري متحدا أو متعددًا.

قال ابـن فتـحون: إذا اشتـرى واحدٌ من واحـد، فلا فائدة فـي ذكر ذلك، وإنما فائدته إذا ابتاع اثنان أو جـماعة من واحد أو أكثر؛ لأنه إن كـان ابتاع واحدٌ من واحدٍ بعد واحد في صفقتين ، فـإن للآخر الشفعة ما لم يبع نصيبه بعد عـلمه ببيع صاحبه فتسقط شفعته.

فإن باع قـبل أن يعلم فله الشفعـة، وكذلك إن باع واحد من اثنين ؛ لأنهـما إن كانا ابتاعا واحدًا بعد واحد، فإن للمبتاع الأول الشفعة، وكذلك في ابتياع الجماعة أو الواحد من الجماعة، أو الجماعة من الواحد.

فينبغي أن تذكر في ذلـك صفقة واحدة، فإن سقط ذكـر ذلك من العقد ، حمل أنه في صفقة واحدة، لإشهاده بذلك في عقد واحد.

قال ابن فتحون: ولا تلحق اليمين في ذلك بمجرد الدعوى.

وقولنا: «جميع الدار».

بيان في قـدر المبيع، فإن كان نصـفًا، أو ثلثًا، أو ربعًـا، أو خمسًا، أو مـا كان ذكرته، وقلت: « جمـيع النصف »، وإن كان ربعًا، قلت: « جمـيع الربع الواحد»، وإن كان ثلاثة أرباع ذكرت ذلك، ووصفت الجزء بعـدده، فتقول: «الثمنين الاثنين»،

---

(١) زيادة من ج.

أو «الثلثين الاثنين».

وقولنا: «جميع الدار التي بموضع كذا».

أحسن من قوله: «اشترى منه داره التي بموضع كذا»، بإضافة «الدار» إلى البائع، لما ذكر بعض العلماء: أنه إذا أضيف شيء من ذلك إلى البائع، ثم استحق شيء من ذلك من يد المبتاع، فإنه لا يرجع على البائع بشيء؛ لأن في إضافة ذلك إليه إقرار من المبتاع بتحقيق الملك للبائع، فإذا استحق من يده، فقد علم أنه لا يستحق بحق، فلم يكن له رجوع عليه بالثمن.

وذهب بعضهم إلى أن قوله: « جميع الدار»، و«جميع داره»، بإضافة ، وبغير إضافة سواء، وإن استحق ذلك من يد المبتاع، رجع على البائع بالثمن، وإلى هذا ذهب أشهب «في المجموعة» فقال: إنه يرجع، وجميع الظلم إنما وقع على البائع.

قال بعض الموثقين: وهو الصواب، فإن المبتاع لو صَرَّحَ بتملك البائع للمبيع، ثم استحق ذلك من يده، فإن في رجوعه بالثمن قولين:

أحدهما: أنه يرجع عليه ولا يضره إقراره .

والثاني: أنه لا يرجع، رواه أصبغ عن ابن القاسم.

قال ابن العطار: وبالقول الأول القضاء ،هذا في صريح الإقرار فكيف بلفظ لا يحتمل ذلك إلا على بعد، انظر من اشترى من غاصب فعلم بالغصب، فهل يرجع في الاستحقاق بالثمن أم لا(١)؟.

وقولنا: «الأصل».

احترازًا من الأنقاض المبيعة المنصوص عليها بعد، فلو عري العقد عن ذكر الأصل والأنقاض، لحمل على أن «الدار» أصل إذ «الدار» في الحقيقة إذا أطلقت لا تقع إلا على القاعة وما عليها من الأنقاض.

---

(١) انظر: «الذخيرة» (١٠ / ١٨٠).

وقولنا: «بمنافع ذلك ومرافقه».

ذكر هذا يكفي في الوثيقة على الكمال.

وبعضهم يزيد في ذلك زيادات مستغنى عنها، ويزيد في الدار وما شاكلها، وجميع جداراتها المحيطة بها.

قال ابن فتحون: وهو الصواب، فلو سكت عن ذكر ذلك، ثم وجد المشتري حائطا منها لغيره لم يكن له قيام بقيمته، ولا يدخل في جملة ذلك حقوقها.

قال بعض الشيوخ: إلا أن يظهر بدليل العيان لمن نظر إلى الدار أن الحائط منها، فإن له الرجوع بقيمة ذلك، فإذا ذكرت الجدارات لها في العقد، ثم خرج عنها جدار لمن جاوره وجب للمبتاع الرجوع على البائع بقدر ذلك من الثمن، ولو لم يذكر الجدار، وادعى المبتاع أن البائع شرط ذلك، حلف البائع على تكذيبه، وله رد اليمين على المبتاع ، فإن حلف رجع عليه بما ذكرنا، فإن وقع العقد كما تقدم، فكل ما يكون في الدار حين البيع مما ينقل ويحول ،فهو للبائع، ولا يدخل في الاشتراء إلا بنص، وما كان مبنيًا فهو للمبتاع لا يخرج عن البيع إلا بنص أيضًا. انظر «نوازل أصبغ» من «جامع البيوع».

وقولنا: تاما.

أي : منبرمًا من جهتهما معًا.

وكذلك قولنا: «مبتولاً».

وقولنا: «دون شرط» .

أي: لم يشترط أحدهما على الآخر في ذلك شرطًا جائزًا، ولا مفسدًا، ولا خيارًا جائزًا، ولا ممنوعًا، فإن استثنى البائع سكنى الدار وهي أصل سنة ، أو أقل أو أكثر، جاز ذلك.

وقال ابن فتحون: لا يجوز أكثر من سنة لما يخاف من تغييرها.

فتأمل قوله: «لما يخاف من تغييرها» فلو كانت جديدة، لا يخاف تغييرها، لجاز

أكثر من ذلك، انظر «كتاب الغرر»، وكراء الدور والأرضين من «المدونة».

فلو انهدمت الدار قبل تمام المدة المستثناة فهل يرجع البائع على المبتاع بشيء أم لا؟

المشهور: أنه لا يرجع بشيء على المشتري، وقيل: له الرجوع .

وسبب الخلاف: المستثنى ، هل هو مبقي أو مشتري، انظر آخر الغرر، وكلام الشيوخ على المسألة هناك.

وقولنا: «ولا ثنيا».

وهو أن يشترط البائع على المبتاع إن أتى بالثمن إلى مدة كذا أو إلى غير مدة، فالمبيع رد عليه، فإن سقط ذكر ذلك من العقد، ثم ادعي على أحدهما شيئًا من ذلك، فإن اليمين تجب على المنكر منهما إن أكذبه الآخر.

وله رد اليمين، فإن وقع شرط ذلك في العقد لم يجب في ذلك يمين.

وإن ذكرت في الثمن الجودة، والتغليب، والوزن، ومعاينة القبض كان صوابًا.

فإن ادعى بعد ذكر ذلك أنه ألفاها زيوفًا، أو نقصا فلا قيام له.

ولو سقط ذكره من العقد لكان للبائع أن يحلف المبتاع أنه ما يعلم تلك الدراهم من دراهمه.

زاد في كتاب «الوكالات»[1]: « ولا أعطاه إلا جيادًا في علمه»، فإن قلب اليمين على البائع حلف على البت أنها من دراهمه ولزم المبتاع بدلهما.

فإن عري العقد من معاينة القبض، ثم قام البائع بعد تمام البيع، وقال: لم أقبض الثمن، وإنما أشهدت له بالقبض ثقة مني، فهل يحلف المبتاع في ذلك أم لا؟

فروى ابن حبيب عن مالك: أنه لا يمين عليه، وقيل: عليه اليمين.

---

(١) «المدونة» (٣ / ٨١) و(٣ / ٢٧١)، و«التهذيب» (٣ / ٢١٤).

قال ابن حبيب: وترك إيجاب اليمين في ذلك أولى، إلا أن يأتي البائع بسبب يدل على صدق دعواه، وتقع التهمة فيحلف .

وحكى بعض الشيوخ: أنه يحلف قرب أو بعد، وقيل: يحلف بالقرب ، ولا يحلف إن طال، وقيل: لا يحلف مطلقًا.

ثم حكى مثل قول ابن حبيب ، ولم يعين قائله.

فلو سقط ذكر القبض من العقد، واختلف في قبضه، قلت: يستدعي هذا الفصل إلى معرفة اختلاف المتبايعين في العقد.

ولا يخلو اختلافهما من سبعة أوجه:

أحدها: أن يختلفا في قلة الثمن، وكثرته، أو في جنسه، أو في صفته ، أو في النقد والأجل، أو في حلول الأجل، وعدم حلوله، أو في الحلال والحرام، أو في البتل والخيار، الثامن: أن يختلفا في قبض الثمن وعدم قبضه.

فأما إن اختلفا في قلة الثمن وكثرته فإن كان المبيع قائمًا تحالفا، وتفاسخا، وإن فات المبيع بحوالة أسواق، فأعلى فالقول قول المبتاع إن ادعى ما يشبه.

واختلف في هذا الفصل في سبعة مواضع:

أحدها: من المبدأ باليمين؟ فمذهب «المدونة»: البائع، وفي «العتبية »: المبتاع.

الثاني: هل يراعى دعوى الأشبه مع قيام السلعة أم لا؟

فمذهب عبد الملك: مراعاته.

ومذهب ابن القاسم: لا يراعى إلا مع الفوات.

الثالث: هل تفوت أم لا؟

فمذهب ابن القاسم: أنها تفوت .

وذهب أشهب : إلى أنها لا تفوت ، وإنَّ رد قيمتها كرد عينها.

الرابع: إذا قلنا بالفوات ، ما الذي يفيته؟

اختلف عليه على ثلاثة أقوال:

أحدها: بالقبض، وهي رواية ابن وهب.

الثاني: بالقبض والبينونة ، وهو قوله في «كتاب المكاتب».

الثالث: بحوالة الأسواق فأعلى، وهو مذهب ابن القاسم، وقيل: بالعقد، وحكاه بعض الشيوخ .

الخامس: في صفة اليمين، هل يحلف على نفي دعوى صاحبه،، وإثبات دعواه، أو على نفي دعوى صاحبه فقط؟

فالأول مذهب ابن القاسم، والثاني مذهب ابن حبيب.

فمذهب ابن القاسم فيه اختصار ، إلا أنه فيه حلف اليمين قبل وجوبها.

ومذهب ابن حبيب فيه ترتيب الأحكام إلا أنه فيه تكرير اليمين.

السادس: متى يقع فيه الفسخ.

فاختلف في ذلك على أربعة أقوال:

أحدها: أن الفسخ يقع بينهما بتمام التحالف، وهو قول سحنون.

الثاني: أن الفسخ لا يقع بينهما حتى يحكم الحاكم، وهو قول ابن القاسم في السلم الثاني من «المدونة» .

الثالث: إن كان بحكم وقع الفسخ بتمام التحالف، وإن لم يكن بحكم لم يقع الفسخ، إلا بتراضيهما عليه بعد الأيمان.

الرابع: عكس الثالث.

السابع: هل نكولهما كأيمانهما أم لا؟

فقال شريح: إذا حلفا أو نكلا ترادا.

وذهب ابن حبيب إلى أنهما إذا نكلا كان القول قول الناكل الأول.

وأما إن اختلفا في جنس الثمن فإنهما يتحالفان ويتفاسخان أبدًا، وترد السلعة في القيام أو قيمتها في الفوات، قيل: يوم البيع، وقيل: يوم القبض.

وإن اختلفا في الصفة، فقيل: كاختلافهما في قلة الثمن وكثرته، وقيل: كاختلافهما في الجنس، وقد مضى الحكم في ذلك.

وأما إن اختلفا في النقد والأجل، فقال مالك في «كتاب الوكالات»[١]: إن ادعى المبتاع أجلاً قريبًا لا يتهم فيه صدق مع يمينه، وإلا صدق البائع.

وقال ابن القاسم في «كتاب تضمين الصناع»[٢]: القول قول البائع.

وقد صَرَّحَ كل واحد منهما بمذهبه في «كتاب الرهون»[٣].

وأما إن اختلفا في مقدار الأجل، فقال البائع: بعتها إلى شهرين، وقال المبتاع: إلى ثلاثة.

فقال في «كتاب تضمين الصناع»: القول قول المبتاع؛ لأن البائع أقر بالأجل، وادعى حلوله.

وأما إن اختلفا في الحلال والحرام، فالقول قول المدعي الحلال، إلا أن يكون العرف لفساد.

قال ابن محرز: معناه بعد فوات السلعة، وإن اختلفا في البتل والخيارات.

ففي الوكالات من «المدونة»: القول قول مدعي البتل، وإن اختلفا في القبض وعدمه، فإن كانت سلعة لا تباع إلا بالنقد، مثل الفواكه والخضر والحنطة والزيت .

قال في «السلم الثاني»: فإن انقلب به المبتاع فالقول قوله أنه دفع الثمن مع يمينه.

---

(١) «المدونة» (٣ / ٢٨١).

(٢) «المدونة» (٤ / ١٤١).

(٣) «التهذيب» (٤ / ٥٦).

وإن كانت مما تباع بالدين وغيره، كالربح والحيوان والدقيق، والعروض، وقد قبضه المبتاع، وبان به، فالبائع مصدق مع يمينه، ولا تفصيل في ذلك عند ابن القاسم.

هذا تحصيل القول في هذه المسألة باختصار .

وقولنا: «وتملك المشتري المذكور مشتراه».

هذا هو مقتضى البيع الصحيح، إنه بتمام التبايع بين المتبايعين،ينتقل الملك إلى المشتري، بخلاف البيع الفاسد، وليس هذا موضع ذكره.

وقولنا: «وحَلَّ في ذلك محل البائع المذكور... إلى آخره».

معناه: أنه حَلَّ في وجوب تملكه محله؛ لأنه أقبضه المبيع.

وكذلك لو قال: نزل في المبيع منزلة البائع لكان مثل قوله: وحل، لا يقتضي ذلك قبضًا ، ولو سقط منزلة البائع، واقتصر على قوله، ونزل في المبيع المذكور لحمل على أنه نزل فيه نزول قبض، ولا يقال : «ذلك في حل فلان» في المبيع بإسقاط «محل البائع»؛ لأن العادة جرت بذكر «حَلّ»، بمعنى التملك لا في معنى القبض، فحمل على ما جرت به العادة.

فإن كان المبتاع قبض المباع، ذكرت ذلك ليرتفع الإشكال، فإن عري العقد عن القبض فإن أقر المبتاع بتملك البائع لما باع، أو كان في الوثيقة إضافة الملك إلى البائع على ما مضى من الخلاف، أن ذلك منه إقرار بالملك، فلا يلزمه تحويز ولا إنزال، فإن دفعه عنه دافع، كانت المصيبة من المبتاع وإن لم يقع في العقد إضافة ، ولا أقر المبتاع بالملك، فإنه يلزم البائع تحويزه وإنزاله في المبيع.

وقولنا: «على السنة، والمرجع بالدرك».

يعني: على سنة المسلمين في بيوعهم، ومرجع دركهم والمراد به: إن استحق شيء من المبيع في يد المبتاع أو ظهر على عيب لم يتبرأ البائع منه، فإن له الرجوع في ذلك عليه.

وقد قال بعض الموثقين: إن وقع ذلك في الوثيقة يرجع في الاستحقاق على البائع، وإن كان أضاف الملك إليه على ما مضى؛ لأن فائدة ذكر ذلك، إنما هو خوف الاستحقاق، فتأمله.

فإن وقع استحقاق، فلا يخلو أن يكون ذلك في كله، أو جُله، أو أقله فإن كان جُله، أو في كله رده، ورجع بجميع الثمن، وليس له أن يتمسك بما بقي إذا كان الاستحقاق في جُله؛ لأنه ابتداء بيع بثمن مجهول، وإن كان في أقله- وهو الثلث فأقل - رجع بما يقابله من الثمن.

هذا تلخيص هذا الفرع باختصار، انظر «رسم العتق» من «سماع عيسى» من كتاب «الاستحقاق».

وقولنا: «والمشتري المذكور عالم بأحوال ما اشتراه... إلى آخره».

على هذا جرى اصطلاح المتأخرين، وقيد [بعض][1] الموثقين هذا الفصل، فقال: وعرف كل واحد منهما قدر التبائع، ثم قال: وهو الصواب، فإن ادعى أحدهما بعد ذلك الجهل به لم يكن له على الآخر قيام، إلا أن يأتي بشبهة ظاهرة.

ولو سقط ذكر ذلك من العقد لم يصدق أيضًا إلا أن يدعى علم صاحبه، فتجب له اليمين أنه ما علم بجهله، ويثبت البيع، فإن نكل حلف الآخر، وفسخ البيع، وبعضهم يزيد معرفة يقين، وإحاطة علم.

فإن وقع ذلك في العقد، دل على أنهما عرفا ذلك معرفة عيان.

وقيل: قد يحتمل ذلك أن يكون على الصفة إن كانا غائبين عن الموضع المبيع، فحمله على العيان أشبه، وإن كان في المبيع عيوب تبرأ [البائع][2] منها، ذكرتها عقب قولك: « والمشتري عالم بأحوال مشتراه، وصفته، وكيفيته، وبان بالمبيع المذكور

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ: المبيع.

عيوبًا، وهي كذا» تذكرها وتصفها صفة ترفع الإشكال، وتزيل الاحتمال والإجمال، وإن لم يتبرأ منها البائع، وعثر عليها المبتاع بعد عقده البيع وأراد القيام بها على البائع، فإن العيوب في الدار وما أشبهها على ثلاثة أقسام:

عيب كثير يستغرق جل الثمن، وقد اختلف في قدره، فالذي مضى عليه أكثر الشيوخ: الثلث، انظر «المقدمات»[١].

فهذا يثبت له به الرد، ويرجع بجميع الثمن.

والقسم الثاني: عيب يسير لا ينقص من الثمن، فهذا لا ترد الدار به، ولا يرجع بقيمته.

والقسم الثالث: عيب ينقص من الثمن، ولا يذهب بمعظمه، فهذا يرجع بقيمته، فَتُقَوَّم الدار سليمة يوم الصفقة، ثم تُقَوَّم معيبة، وينظر ما بين القيمتين إن كان ربعًا أو خمسًا أو سدسًا، فيرجع بقدر ذلك الجزء من الثمن الذي وقع به البيع، والدار وسائر الرباع في هذا بخلاف العروض.

وقولنا: «إن كان المبيع أرضًا أو جنانًا... إلى آخره».

لابد فيه من بيان ما في الأرض من الشجر، أو أن الأرض داخلة في بيع الشجر، ولابد من ذكر ذلك كله، وإن كان له شرب ذكرته فتذكر ذلك كله، فتقول: «جميع الأرض التي هي بموضع كذا، وشجر الزيتون أو الأعناب، أو التين، أو بما فيها من أنواع الأشجار وصنوف الثمار»، وإن كان جنانًا، فتقول: «جميع الجنة التي بموضع كذا بأرضها التي هي فيها»، وإن كان لها شرب فتقول: «وشربها المعلوم لها من موضع كذا».

فإذا ذكرت ذلك كله وبينته كان حسنًا وارتفع التنازع من بينهما.

فلو سكت عن الشجر في بيع الأرض، واقتصرت على ذكر الأرض دونها، لكان

---

(١) «المقدمات» (٢ / ٢٥١).

الشجر تبعًا لها إلا أن تنص في العقد أن البيع وقع على الأرض دونها.

وإن كان في الأرض شجر ليست للبائع، ذكرت ذلك، لأنها؛ في حكم التبع.

وفي ترك ذلك شغب وخصام، انظر إن سكت عن الشرب أو الطريق في أول رسم من سماع أشهب ، من جامع البيوع[١].

وإن كان في الأرض بذر لم يخرج، أو في الشجر ثمر لم يُؤبر فإنه كله للمبتاع، ولا يجوز للبائع اشتراطه، وذِكْره في العقد على الصفة المذكورة أحسن؛ لئلا يقع بعد ذلك نزاع بعد ظهور الزرع أو إبار الثمرة.

وإن كان الزرع حين البيع ظاهرًا، والثمرة مأبورة كان ذلك كله للبائع بمجرد العقد، إلا أن يشترط ذلك المبتاع .

فإذا كان بقي ذلك للبائع، فهل يكون السقي على البائع؛ لأنه زرعه أو ثمره، أو على المبتاع؟

ففي ذلك قولان:

ولا يجوز عند مالك أن يشترط بعض الثمرة، أو بعض الزرع، كما لا يجوز اشتراط بعض مال العبد.

وروى سحنون عن أشهب: إجازة ذلك في ثمرة النخل.

وقولنا: «إن كان المبيع أنقاضًا... إلى آخره».

اضطرب الشيوخ في بيع هذه الأنقاض ابتداء، وتحصيل ذلك: أن الأنقاض إذا بيعت على البقاء فلا يجوز قولا واحدًا، فإذا بيعت على القلع فثلاثة أقوال:

الجواز لابن القاسم، **والمنع** لأشهب وسحنون وعبد الملك.

ووقع في «الموازية» : إن كانت القاعة للسلطان، فيجوز إذا لم يشترط عليه كراء

---

(١) «البيان والتحصيل» (٧ / ٢٩١).

مسمى، أو لا يحول اسمه مكان اسمه.

وإن كانت القاعة للرعية فلا يجوز.

واختلف الشيوخ في تعليل المنع، فقيل: لأن المشتري لا يدري ما اشترى، هل النقص أو القيمة، وقيل: لأن رب الأرض مقدم عليه فلا يدري هل يبقيه أم لا؟، ويأخذه بقيمته مقلوعًا، فتأمله.

وإذا قلنا: بالجواز ، فلا يجوز للبائع أن يستثني سكنى الدار مدة طويلة؛ لأنه من باب تأخير المعين، فإنه إنما اشترى أنقاضًا، وهي عروض فلا يجوز تأخير قبضها .

وقولنا في أثناء الوثيقة: «من كل ما له قيمة وفيه بعد قلعه منفعة».

وقولنا آخر التقييد :«علم المشترى بانصرام أمد الجزاء».

بيان على أن الشراء على القلع، وتجوز عما يشترطه بعض العوام، ويكتبه جهال بعض الموثقين من شرط عيوب في البناء أو القاعة، فإن في ذلك فساد العقد، إذ يدل شرط ذلك على البقاء، فافهم هذا الأصل .

وفي «وثائق ابن العطار»: لا يجوز بيع هذه الأنقاض على أن يبقى بنيانه قائمًا فيها على حسبه وقت التبايع، إذ القاعة لغير البائع، ولا يدري كم يترك بنيانه فيها، فيدخله الغرر والفساد، وإن وقع هذا فسخ، ورد المبيع إلى بائعه.

وإن فات بهدم أو شبهه، فعلى المبتاع قيمته منقوضًا.

وإن باعه على أن ينقضه المبتاع، ووقف على ما فيه من صخر وخشب، وآجر ، جاز إن لم يضمن إبقاءه على حاله، فتأمل كلام ابن العطار على بيان الوجهين.

فإن لم ينص على أحد الوجهين حمل البيع على ما يجوز، ويصح إذ ذاك مقتضى البيع إلا أن ينص على البقاء بيسير، هذا دليل المذهب، إلا أن يكون هناك عُرف، فتأمله .

قال ابن العطار: فإن أضمرا ذلك، واشترطاه لم يحل، وإن أظهر في العقد أمرًا

صحيحًا ؛ لأنه يزيده في الثمن، وهو لا يدري متى يخرجه السلطان أو يأخذه بقيمته، ويفسد من وجه آخر: إن اشترطا إبقاءه، ويؤدي عن القاعة خراجها شهراً بشهر إلى السلطان، فيكون قد أكراه إلى غير مدة معلومة يخرجه السلطان عنها إذا شاء، ولا يمكنه الانحلال عنها إذا أراد ، وإن مات اتبع السلطان ورثته بخراجها.

وفي «مسائل ابن زرب»: لا يجوز هذا البيع، إذ المعلوم أنه لولا رجاؤه بتركه فيها لم يعط صاحبها ذلك الثمن فيها.

قال ابن دحون: فلو باع واشترط القلع.

قال: هذه حيلة لو سمعها الناس لاحتالوا بها.

وأفتى جماعة من الشيوخ، كابن عتاب، وابن [العطار][1]**، وابن مالك**: بنقض البيع، وإن شرطا في العقد أنه يقلعها.

قال ابن سهل[2]: الصحيح ما ذهب إليه سحنون وأشهب، وما تضمنته «المدونة» لم يجر به عمل، وما احتال به المتأخرون من شرط القلع غير سالم من الاعتراض.

وقولنا: **«إذا كان البائع اثنين أو جماعة فلابد أن تذكر صفة الشركة بينهما، هل هي على السواء، أو على المفاضلة»**.

لأنه إذا طرأ استحقاق رجع عليهما بقدر ذلك، فإن عري العقد عن ذلك، ثم طرأ استحقاق ، رجع عليهما على السواء.

وكذلك تذكر في المشتري إذا تعدد ، فإن عري عن البيان حمل على السواء.

انظر لو كان المشتري وصيا اشترى لمحاجيره ، ثم وقع خلاف بين المحاجير وفيهم الذكر والأنثى، فقال: الإناث على السواء، وقال: الذكور على المفاضلة.

فحكى ابن حبيب عن مطرف: أنه بينهم على المفاضلة.

---

(١) في ج: القطان، المثبت هو الصواب.

(٢) «الإعلام بنوازل الأحكام» (ص/ ٢٤٥).

وقال أصبغ: إن اشترى لهم ببعض أموالهم فهو بينهم على السواء، وإن اشترى لهم بجميع أموالهم، فهو بينهم على المفاضلة، انظر «المتيطي» و«الوثائق المجموعة».

وقولنا في البائع على غيره بتوكيل: «إذا تضمن التوكيل قبض الثمن».

لا إشكال، وإن لم يتضمن قبض الثمن، ففيه نظر.

فقال في «المدونة»(١): مَنْ وكل على البيع فله قبض الثمن، وإن لم [يؤمر](٢) بذلك. [واختلف الشيوخ في علة ذلك، فجعل ابن يونس عليه تسليم البيع، فلما كان عليه تسليم البيع كان له قبض الثمن، فإذا وكل على العقد وتسليم السلعة على ربها، لم يلزم المبتاع تسليم الثمن.

قال أبو عمران: إنما يرجع ذلك إلى العادة، فليس كل بيع يكون للوكيل فيه قبض الثمن، فإذا باع الرباع وشبهها، فليس له قبض الثمن .

وقال عبد الحق: السنة في التبايع، التناجز في الثمن والمثمون، ولو كان بيع السلعة بثمن مؤجل لم يكن للوكيل قبضه إلا بوكالة عليه مستأنفة ، وكلهم يحومون على العادة.

قال بعض الشيوخ: العلة الصحيحة إنما هو التسليم وعدمه.

وقولنا في بيع الأب على صغار بنيه: وأبكار بناته.

وجوز ذلك من غير تبيين الوجه الذي بسببه باع، إذ هو محمول على النظر حتى يثبت خلافه، وفيه وفي الوصيّ خلاف، انظر «تعاليق أبي عمران».

وقولنا: «باع على ابنه».

قطع للشغب، فلو باع الأب ، ولم يذكر أنه باع على ابنه صح العقد ولم يكن

---

(١) «التهذيب» (٢ / ١٦١).

(٢) في الأصول: ينص، والمثبت من «التهذيب» (٢ / ١٦١).

للابن في ذلك مقال بعد رشده، إلا أن يصرح الأب أنه باع باسم نفسه، فيفسخ، وفي الأول: يصح البيع، ويتبعه الابن بالثمن.

وإن كان ابتاع ذلك لنفسه ذكرت ذلك ، وقلت: «اشترى فلان ابن فلان الفلاني لنفسه، وهو بائع على ولده فلان الصغير في حجره جميع الكذا»، وتبني على ما تقدم إلى ذكر الثمن فتقول: «بثمن مبلغه كذا»، حَالّ عليه، أو باق في ذمته، وماله إلى أن يبدأ منه بالواجب، أولى أن يصرفه في نفقته ومصالحه، أو يعوضه له بما هو أغبط، أو أكثر فائدة، وعائدًا، ثم تمضي على ما تقدم إلى تقييد الإشهاد عليه][(١)].

فتقول: «ممن يعرف أن الثمن الذي بذله في ذلك ثمن مثله، أو فوق ذلك»، فإن في ذكر ذلك تقوية للعقد، فإن سقط ذلك منه فالعقد صحيح تام، والبيع نافذ إلا أن يثبت أن في ذلك غبنًا، وبخسًا فينتقض البيع، وفي ذلك أيضًا فائدة أخرى إذا جهل قيمتها يوم البيع.

وأما الوصي فأمره في البيع على يتيمه لوجه من غيره أضعف من بيع الأب، ولا يجوز إلا لوجوه، إما لحاجة اليتيم، أو لثمن كثير يرى أخذه له فرصة، أو خوف انهدام وليس لليتيم مال يصلح به، أو يكون حصة يبيعها ، ويعوضه بها موضعًا كاملاً، أو يكون ملكا موصفًا، أو غير ذلك من الوجوه مما فيه نظر للأيتام ومصلحة لهم.

فيجوز للوصي البيع، وما خالف ذلك مما ظاهره الفساد، وسوء النظر، فلا يجوز ويفسخ إن وقع، فإذا باع الوصي لأحد الأسباب التي ذكرنا، فلابد أن تذكر ذلك في الوثيقة فتقول بعد التاريخ: «وذكر الوصيّ أن سبب البيع على اليتيم حاجته أو ضيعته».

وإن ضمن الشهود معرفة السبب، وأن ذلك أحق ما بيع ، وأن الثمن سداد لكان أتم.

---

(١) سقط من ج.

وقـول الوصيّ في ذلك مقبـول، وكذلك إن كـان الوصيّ أو غـيره من سـائر الأسباب، وإن سـقط ذلك من العقد لم يوهنه سـقوطه إذا لم يتبين خلافـه، وتحمل أفعاله على النظر والجواز، وإن تبين خلافه رد البيع.

ولا ينبغي للوصيّ أن يبتاع لنفسه شيئًا من مال يتيمه بخلاف الأب، فإن فعل نفذ ذلك إذا كان ذلك سدادًا ولم يلف عليه في الثمن زيادة .

وهل النظر في ذلك يوم البيع أو يوم النظر؟ في ذلك قولان.

وأجاز ذلك مـالك في اليسـير، فـقال[١]: كالوصي يـبتاع حـمارين من حُـمر الأعراب، قيمتهما أربعة دنانير، أو نحوها، انظر باب الوصايا من ابن سهل[٢].

وإن أحب الوصي أن يكون بيـعـه عن إذن القـاضي، ورفع ذلك إليـه، وكلفـه القاضي إثبات الإيصاء والـسبب الموجب لبيع الأيتام للدار وحيازتهمـا للبيع فإذا ثبت عنده السداد في الثمن الذي بلغه وأنه ثمن مثلها، وثبت جميع ذلك أمر بالبيع.

وما استحق مما باعه الوصيّ، فالعهدة في مال الأيتام، فإن لم يكن لهم مال، أو كان فتلف لم يلزم الوصيّ بشيء إلا أن يثبت عليـه أنه كان عالمًا حين البيع، أن المبيع ليس للأيتـام، وأنه حبس فهـو غار ويلزمـه الثمن في ماله، فـإن لم يكن له وصيّ، وكان له حـاضن وباع، فيجوز ذلك في الشيء الـيسير التـافه من عقاره مـا كان ثمنه عشرة دنانير ، أو عشرين دينارًا، ولا قيام فـيه للأيتام إذا أصاب الحاضن وجه البيع، وقيل: لا يجوز بيع الحاضن.

وبالأول جرى العمل ، وحال الأم فيه أقوي، من غيرها.

فإذا عقدت بيع الحاضن فتقيـيده على ما مضى، فإذا بلغت الثمن، قلت: «بثمن مبلغه كذا، قبضه البائع فلان، وصـار في يده لمحضونه ، ليقيم منه نفقته وما لابد له

---

(١) «المدونة» (٤ / ٣٣٥)، و«التهذيب» (٤ / ٢٤٣).

(٢) «الإعلام بنوازل الأحكام» (ص/ ٩١).

منه، إذ هو بحال حاجة وفاقة ، ولم يكن له ما يباع غيره، أو ذلك أحق ما بيع عليه لتفاهته».

وتقول بعد التاريخ : «ممن يعلم صغر اليتيم، وأنه مهمل لا وصيّ عليه من أب ولا مُقَدَّم مِنْ قاضٍ، ويعرفونه بحال حاجة وفاقة وكونه في حضانة البائع المذكور ، ويعرفون السداد في الثمن، وأن المبيع أحق ما بيع عليه ، ولا يملك غيره».

وإن باع المولى عليه شيئًا من عقاره بغير إذن وصيّه، فالبيع موقوف على إجازة الوصي أو رده فإن بان له السداد في ذلك أجازه وإن بان له عكسه رده.

قال ابن رشد في رسم البيوع والعيوب في «كتاب المديان والتفليس»(١): إذا باع اليتيم دون إذن وصيّه، أو صغير من عقاره وأصوله، بوجه السداد في نفقته التي لابد له منها: إذا كان لا شيء له غير الذي باع، أو كان ذلك أحق [مما يباع](٢) من أصوله، اختلف فيه على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن البيع يرد على كل حال، ولا يتبع بشيء من الثمن، وهو قول ابن القاسم، وهو أضعف الأقوال.

الثاني: أن البيع يرد إذا رأى ذلك الوصيّ، ولا يبطل الثمن عن اليتيم، ويؤخذ من ماله ، وهو قول أصبغ.

الثالث: أن البيع يمضي، ولا يرد إلا أن يكون باع بأقل من الثمن أو باع ما غيره أحق بالبيع في نفقته، فلا يختلف في البيع أنه يرد، وإن لم يبطل الثمن عن اليتيم لإدخاله إياه فيما لا بد له منه، وأما لو باع اليتيم من ماله وأدخله في شهواته التي يستغنى عنها، فلا اختلاف أنه يرد، ولا يتبع بشيء من الثمن كان الذي باعه من ماله يسيرًا أو كثيرًا.

وهو محمول فيما باع وقبض من الثمن أنه أنفقه فيما ليس منه بد.

وقولنا في الابتياع للغير: «إذا كان بوكالة».

---

(١) «البيان والتحصيل» (١٠ / ٥٣٨).

(٢) في «البيان والتحصيل»: «ما باعه»، وفي ج: «ما يباع».

فلا إشكال، فإن بَيَّنَ في أول العقد أنه يبتاع لفلان، فباع البائع على ذلك، لم يكن للبائع أن يمتنع من ذكر ذلك في العقد، وإن لم يُبَيِّن ذلك عند الابتياع وإنما ذكره عند التعاقد، فإن للبائع الامتناع من ذلك، انظر سماع أصبغ من «جامع البيوع»[١].

فإن ابتاع هذا الوكيل، وصرح باسم المبتاع له أولاً ، أو سكت عنه، ولم يذكره عند التعاقد، على الوجهين جميعًا فهو مطلوب بالثمن، إلا أن يقول: إنما أشتري لفلان وفلان ينقدك دوني، ولست من الثمن في شيء.

فإذا وقع هذا الشرط، ذَكَرْتَ ذلك عند ذِكْرِ الثمن.

ويلزم الموكل ما ألزمه وكيله من ذلك إذا أقر بالتوكيل، أو ثبت عليه بينة، فإن كان في المبيع عيب لزمه إن كان خفيفًا، ورده إن كان كثيرًا إن شاء.

وإن اطلع الوكيل بعد ذلك على عيب في الدار لم يعلم به، فإن أمر بابتياع تلك الدار بعينها، فقال ابن القاسم في «المدونة»[٢]: لا يردها إلا بإذن الآمر، وإن كانت غير معينة، فله ردها.

وعند أشهب: هما سواء لا يردها إلا بإذن الآمر.

وقال ابن العطار: هذا إذا كان الآمر حاضرًا، وإن كان الآمر غائبًا فله الرد، وهذا أيضًا إذا كانت وكالة مخصوصة فإن كان مفوضًا إليه، فقال ابن القاسم: له الرد، ويجوز ذلك على الآمر ما لم يكن فيه محاباة.

وقولنا في المشتري لغيره عند ذكر الثمن أن الثمن: «من مال الموكل».

هو الصواب، فلو سقط ذكر ذلك من العقد، ثم اختلف الآمر والمأمور في الثمن، فقال المأمور : دفعته من مال نفسي، وقال الآمر: بل دفعته من مالي، ففي ذلك خلاف، وقد حَصّلَه ابن رشد في خمسة أقوال[٣]:

---

(١) «البيان والتحصيل» (٨ / ٣٥).
(٢) «المدونة» (٣ / ٣٤٢).
(٣) «البيان والتحصيل» (٨ / ١٨٣).

الأول: أن القول قول المأمور نقد الثمن أم لا.

الثاني: أن القول قول الآمر، نقد المأمور الثمن أم لا.

الثالث: القول قول الآمر إن نقد المأمور الثمن.

الرابع: القول قول الآمر إن قبض الآمر السلعة.

الخامس: أن القول قول المأمور إن أشهد أن ذلك من مال نفسه.

ولو ابتاع فضولي لغيره بغير وكالة، وكتب ذلك على ما تقدم، فمن حق المشتري أن يشهد على المبتاع له بالموافقة على ما تقدم، فإن له في ذلك منفعة، وهو إسقاط العداء إن طلبه بعد ذلك بالثمن إن أنكره، في الإذن في الشراء.

و قولنا أيضًا في شراء الأب لصغار بنيه: «أن الثمن من مالهم».

حسم للشغب، فإن عَيَّنَ الثمن أنه من مالهم ، فلا يخلو أن يكون الثمن معروفًا للولد، أو من مال يهبه لهم، أو يجهل حاله.

فإن كان من مال معروف لهم ذكرت ذلك، وقلت عند ذكر الثمن: «أحضر فلان جميع الثمن الموصوف من مال ابنه المستقر له بيده من وجه كذا، وقبضه منه البائع»، فإذا بلغت التاريخ، قلت: «ممن يعرف صغر الابن ويعرف وجه تصيير المال له من الوجه المذكور».

فإن لم يذكر في العقد الوجه الذي صار به للابن، فهل يصح ذلك أم لا؟

في ذلك قولان:

أحدهما: أنه يصح قاله ابن القاسم، وبه القضاء وعليه العمل.

والآخر: أنه لا يصح قاله مطرف وأصبغ.

ولا ينفع إشهاد الأب أنه إنما يكره للابن، فإن مات الأب، والابن صغير رجعت ميراثًا، قال: ولا يكون ذلك منه كالصدقة، فتجوز حيازته له، فإذا ذكرت الوجه الذي يصير به المال للابن ، وعرف صحة ذلك الشهود صح ذلك على القولين

جميعًا.

وَفي ذِكْرُ معرفة الشهود لذلك هو الصواب.

وإن [كان](١) الثمن الذي بذله من مال وهبه له ذكرت ذلك، وقلت: «اشترى فلان لابنه فلان الصغير في حجره بمال وهبه له في فور هذا البيع جميع ذلك» وكملت العقد إلى آخره.

وبعضهم يقول: لابد من إبراز هذا المال ودفعه لأجنبي لتصح منه الهبة، ثم يدفع للبائع ، فتقول عند ذكر الثمن: «أحضر المشتري فلان جميع الثمن الموصوف، ووهبه لابنه المذكور، وقدم لقبضه فلانًا ، فقبضه المقدم فلان للولد المذكور قبضًا تاما بمعاينة شاهديه، وصارت العدة المذكورة إلى البائع فلان المذكور، فقبضها منه البائع المذكور قبضًا تاما كما يجب بمحضر شاهديه».

فإذا وقع على هذه الصفة كان أحوز للابتياع. وإن أوقع الشراء دون دفع الثمن لأجنبي كما تقدم، فهل يكون ذلك حوزًا أم لا؟

في ذلك قولان:

أحدهما: إنَّ قَبْضَ البائع الثمن من الأب حوز صحيح،وبه القضاء، وعليه العمل.

والآخر: لا يكون حوزًا إلا بما قيد من دفع ذلك لأجنبي.

وهذا الاختلاف إنما هو إذا اشترى الأب دارًا من أجنبي، وأما إن باع منه دارًا يملكها فإن لم تكن الدار في سكنى الأب صح البيع، وثبت ملكهما للابن، وإن كانت دار سكناه، ثم مات الأب لبطل الاشتراء إلا أن يعرف أصل الهبة، وتكون قد حيزت عنه عاما قبل البيع، فإن عري العقد عن ذكر أصل المال هل هو للأب أو للابن، فإنه يحمل على أن الأب أسلفه إياه.

---

(١) في ج: كثر.

وأما إن ابتاع الوصي ليتيمه داراً، وقيد أن الثمن من مال اليتيم فذلك كاف دون أن يذكر الوجه الذي صار به للابن، وإن ذكرت معرفة النظر في الابتياع ، والسداد في الثمن ، كان أتم.

وإن سقط ذلك من العقد لم يضر، وكان فعل الوصيّ محمولاً على النظر، ولا يجوز للوصيّ أن يشتري لأيتامه بالدَّين؛ إذ قد يهلك الشيء المشترى لهم بالدَّين ويطلبون بالثمن، وتباع عليهم فيه أموالهم إن كانت لهم أموال.

وفيه أيضًا معنى آخر: وهو أن ما يشترى بالدَّين يزاد في ثمنه لأجل الدَّين ولا يجوز أن يشتري لليتيم شيئًا بأكثر من قيمته، فإنْ فَعَلَ نَظَرَ في ذلك القاضي.

وقد قال بعض الشيوخ: إنه لا يشتري لهم بالدَّين إلا أن يكون يرجى لهم مال يعري بيع أصوله فوتًا عليهم، فيشتري لهم بالدَّين.

وإن كان البائع مرتهنًا، قد جعل له الراهن البيع، ووكله عليه على ما جرت به عادتهم.

قلت: «اشترى فلان ابن فلان الفلاني، من فلان البائع على غريمه بحكم ما جعل له في رسم الدَّين من أنه إن لم يوفه حقه المذكور عند محل الأجل فقد جعل له بيع الرهن ، وأنه صدقه في البيع وأسبابه تصديقًا مطلقًا دون يمين تلزمه في ذلك».

وإن نسخت رسم الدَّين أعلى الابتياع أحلت في كتابك عليه، ثم تكمل العقد إلى آخره،على ما مضى إلى ذكر الثمن، فتقول: «قبض فلان جميع الثمن، واقتطع ذلك في دينه المرتب له قِبل غريمه المذكور ، وأبرأه من جملة الدَّين المذكور».

فإذا وقع هذا البيع نفذ على الراهن ولزمه، هذا هو المشهور المعمول به، وفي ذلك خلاف، إذ لا يخلو، توكيل الراهن للمرتهن على البيع، إما أن يكون في أصل العقد، أعني: في أصل عقدة المعاملة ، أو بعدها، فإن كان في أصلها، فروى ابن القاسم عن مالك أنه لا يجوز ذلك، واختلف فيه قول ابن القاسم، فروى عنه أصبغ مثل قول مالك: أنه لا يجوز ذلك.

وروى عنه غيره: كراهية البيع، وجوازه إن وقع، وبه العمل. انظر «المتيطي».

وإن كان بعد عقد المعاملة، فقال اللخمي: ذلك جائز؛ لأن ذلك معروف من الراهن.

وقال غيره من أصحاب الوثائق: لا يجوز؛ لأن ذلك هدية المديان.

فإن ادعى الراهن بعد البيع أنه قضاه وأنكره المرتهن، فإن أقام بينة انتقض البيع، وإلا حلف المرتهن لدعواه .

فإن غاب الراهن وقام المرتهن يطلب دينه، ولم يكن الراهن جعل له البيع ـ على ما تقدم ـ كَلَّفه القاضي إثبات دينه، وأحلفه يمين القضاء، وأثبت عنده مغيب الراهن، فتكتب في ذلك: « يعرف شهوده فلان ابن فلان الفلاني معرفة صحيحة تامة، وبيده وعلى ملكه، مالاً من ماله، وملكًا خالصًا له جميع الكذا ما يعلمونه ولا بيع عليه، ولا فوته ولا فوت عليه، ولا خرج عنه ملكه بوجه من وجوه الفوت كلها حتى الآن في علمهم، ويعلمونه غاب عن مدينة كذا غيبة بعيدة في موضع كذا، أو غائبًا بحيث لا يعلم ولا يعلمون له مالا يؤدي منه ما عليه من الدَّين لفلان، إلا من ثمن ذلك، وأن ذلك أحق ما بيع عليه، ثم تؤرخ، فإذا ثبت ذلك بواجب الثبوت أمر القاضي بحيازة ذلك، فتكتب تحت الرسم المذكور: «حضر عن إذن قاضي مدينة كذا، وهو فلان ـ أعزه الله تعالى ـ وحرسها ،شهوده في تاريخه حيازة شهود رسم الاسترعاء المذكور فوقه إلى الدار المذكورة ، والمحدودة فوقه».

وقالوا لهم عند حيازتهم لها، وتعيينهم إياها: «هذه الدار التي حزناها [كلها][1]، وعيناها بمحضر كما هي التي شهدنا فيها عند من ذكروا دينًا بذلك، شهادتنا عنده حيازة تامة على واجبها، فمن حضر الحيازة المذكورة ووعاها على سبب ما وصف وسمع الآن بها ممن ذكر وشهد على إشهاد من ذكر بما فيه عنه، وبثبوت رسم الاسترعاء فوقه الثبوت التام لصحته عنده وثبوته لديه بواجبه، وشهد على

(١) في أ : لكما.

الحائزين المذكورين بما فيه عنهم، وهم بحال الصحة والجواز والطوع وعرف بهم»، ثم تذكر بعد ذلك الإشهاد على البيع في رسم، فتقول: «سمع شهود النداء والتبريج والإشهاد على أبواب جامع كذا دبر الصلوات مرارًا عديدة على بيع كذا مدة من كذا، فمن سمع ذلك قَيَّد به شهادته في كذا» ثم تذكر رسم السداد في الثمن فتقول: «وقف شهوده في تاريخه، وهم من أهل المعرفة والبصر بِقِيَم الأملاك، ومقادير أثمانها والمرجوع إليهم في علم ذلك إلى الدار التي بموضع كذا من مدينة كذا، فنظروها نظرًا تاما، وتأملوها تأملاً كافيا، وتطوفوا عليها تطوفًا شاملاً، وذكر لهم، أنها عرضت للبيع ، واستبلغ في تعريضها، وإشهادها، فبلغت من الثمن على آخره، زائد فيها كذا، فرأوا أن بيعها بالثمن المذكور صلاح وسداد لا غبن في ذلك، ولا بخس ولا شطط ،وقيدوا بذلك شهادتهم في كذا».

فإذا ثبت رسم السداد عند القاضي أشهد لثبوته على ما يأتي، فعند ذلك يُقَدِّم القاضي من يتولى البيع ، فتكتب في ذلك: « قدم قاضي مدينة كذا، وهو فلان ـ أعزه الله تعالى، وحرسها ـ فلانًا ابن فلان على بيع الدار المذكورة فوقه، المحمولة بالثمن ،المشهود فيه بالصلاح والسداد فوقه، وعلى قبضه والإبراء منه بعد القبض، ودفع الدَّين المذكور على الغريم المذكور، وأخذ البراءة له من ذلك تقديمًا تاما قبلَه المُقَدَّم المذكور، والتزم القيام به جهده، شهد على إشهاد من ذكر بما فيه من أشهده المُقَدَّم المذكور بما فيه عنه في صحة وطوع وجواز ومعرفة، وفي كذا»، ثم تذكر رسم التبائع على ما مر قبل، على هذا جرى عمل المتأخرين من أهل زماننا، ولو كان قديمًا يستفتحون ذلك بسجل ، فيقولون في افتتاحه: «استظهر عند قاضي مدينة كذا برسوم عددها كذا نص الأول منها كذا تبعًا بنسخه رسم الدين إلى آخر شهوده، وتذكر أداء شهوده عند القاضي، ثم رسم الحلف إلى آخر شهوده وآداء شهوده أيضًا عنده، ثم رسم الملك، والمغيب وما اشتمل عليه، وأداء شهوده أيضًا، ثم رسم الحيازة ، وأداء شهوده، ثم رسم التبريج والنداء، وآداء شهوده، ثم رسم السداد وآداء شهوده.

فإذا تمت الرسوم المذكورة تذكر قيام الطالب لدينه، فتقول: «فقام فلان عند من

ذكر، وطلب منه استيفاء دينه من ثمن الدار المذكورة، وثبتت الرسوم المذكورة عنده بواجب الثبوت، فاقتضى نظره أن قدم فلانًا على بيع الدار المذكورة».

وتنص التقديم على ما مضى رسمه فإذا كمل التقديم، فتقول: «فعند ذلك حضر فلان ابن فلان، واشترى من فلان المقدم المذكور».

وتمضي على ما تقدم إلى أن يتم الرسم المذكور، فإذا تم فتقول: «شهد على ما ذكر بما فيه عنهما، وهما بحال الصحة والجواز والطوع، وعرفهما وفي كذا».

فإذا لم يجد من يتولي البيع إلا بجعل، فعلى من تكون الأجرة؟

فقال ابن القاسم في «العتبية»[١]: الجعل على من طلب البيع، وهو المرتهن.

وقال عيسى: ما أرى الجعل إلا على الراهن.

وقال بعض الشيوخ: قول عيسى أظهر.

فقولنا في الرسم: إن المرتهن اقتطع ذلك في دينه إما أن يستغرقه فلا إشكال، وإن فضلت فضلة بقيت بيد المرتهن أو المقدم إلى أن يبرأ منها بالواجب.

وهل للقاضي أن ينتزع ذلك من يده أم لا؟

وعادتهم أن الإمام لا يتعرض لقبض ديون الغائب، إلا أن يكون مفقودًا، أو يكون مولى عليه، أو يريد الحاضر إبراء ذمته.

ذكر ذلك عبد الحق [٢] عن بعض الشيوخ القرويين، ووقع في كتاب العيوب من «المدونة»، في عبد بيع وغاب بائعه، وقام مشتريه بعيب فبيع العبد، ثم قال[٣]: «وما فضل حبسه الإمام للغائب عند أمين».

وقال بإثرها في مسألة البيع الفاسد[٤]: إن تغير في سوق أو بدن حكم عليه

---

(١) «البيان والتحصيل» (١١ / ٧٢، ٧٣).
(٢) «النكت» (٢ / ٧١، ٧٢).
(٣) «التهذيب» (٣ / ٢٨٧).
(٤) «التهذيب» (٣ / ٢٨٧).

الإمام بقيمته، كانت أقل من الثمن أو أكثر، ويفسخ البيع، ويتراد هو والبائع الفضل متى لقيه.

فمفهومه: أن الفضلة لا تؤخذ من المشتري .

فقال ابن يونس[(١)]: [انظر][(٢)] لما لم يوقف الفضل في فوات العبد كما أوقفه إذا لم يفت وباعه في العيب؟

والجواب عن ذلك: أن في العيب، أو إذا لم يفت البيع الفاسد، العبد يباع للمبتاع فيقضي منه دينه، ثم النظر في الحكم في الفضلة، في أن يوقفها بيد من أحب المبتاع أو غيره؛ لأنه مال وفي فوات العبد لم يبع، وإنما ألزم المبتاع بقيمته ، فإن كان فيها فضل، فهي كدين باعه البائع للغائب على المبتاع، وليس للحاكم تقاضي ديون الغائب، إلا أن يكون مفقودًا . . . انظر تمام كلامه، وكلام ابن محرز على مسألة العيوب، وتأمل كلامهما، وليس غرضنا التطويل، وإنما أشرنا لهما تنبيهًا لاستنباط الأحكام، والله الموفق بمنه.

هذا حكم بيع القاضي على الغائب، فيما يجب عليه من دين أو نفقه أو غيرها، ولو قام بدينه على حاضر، فإن السلطان موقفه على ذكر الحق، فإن أقر به قيدت أقراره وأثبت بما لا مدفع له عجزه، فإن ادعى العدم أَجَّلَه في إثبات ذلك، وكَلَّفه إقامة حميل بوجهه على ما مر عليه العمل، فإن أتى ما يشهد له بالعدم، كتبت في ذلك: «يعرف شهوده، فلانًا ابن فلان الفلاني ، معرفة صحيحة تامة ، ويعلمونه فقيرًا عديمًا، مملقًا لا مال له، ظاهرًا ولا باطنًا عينًا ولا عرضًا بهذه الحالة عرفوه وعليها خبروه، لم ينتقل عنها، ولا تبدل بها حاله سواه حتى الآن في علمهم، وقيدوا بذلك شهادتهم مسؤوة منهم في كذا».

فإن ثبت العدم أعذر فيه إلى الطالب، فإن قال الطالب: إن له عقارًا كَلَّفه إثبات

---

(١) «الجامع» (٩ / ٤٧).

(٢) زيادة من ج.

ذلك، وأَجَّلَه فيه، فـإن أثبته وحيز عنه ، فـإن أقر الغريم به أمره ببيـعه وقضى دينه، فإن أبى ضيق عليه بالسجن والضرب حتى يبيع ، ولا يكون له أن يبيع هو عليه كبيعه على المفلس، وإن أنكر الغـريم الملك، وعجـز عن المدفع في البـينة التي شهـدت له بالملك.

قال بعض الموثقين: فهنا يبيعه عليه ولا يضطره إلى بيع ما لا يتبقى منه، وإن كان الغريم غائبًا، فقد مضى حكم ذلك .

وقولنا في النص المتقدم: «إنه غائبًا غيبة بعيدة، أو بحيث لا يعلم».

صحيح ، إذ جهل الموضع كبعده.

وقولنا: «بيده».

هو الصواب، فإذا لم يقيد ذلك بالبعد، لم يحكم عليه، وحد البعد الذي يحكم فيه على الغائب، وترجى له الحجة عشرة أيام، وما قاربها، وحد القرب الثلاثة أيام، وما قاربها وما بينهما [وسط][(١)] .

وقولنا: «لابد من السداد في الثمن».

هو الصواب، فلـو شهدت بينة أن الثـمن ليس بسداد ولم يوجـد من يزيد على الثمن الذي وقفت عليه، فلا يلتفت إلى قيمتها.

وما وقفت عليه من الثمن هو السداد، انظر «أجوبة ابن رشد»[(٢)].

وقولنا: «إنه يأمر ببيع جميع الدار، وإن كان الثمن أكثر من الدَّينُ».

علي هذا جرى عمل أكثر القضاة، ولا يلـتفتون في ذلك إلى تفويت ما لا تدعو الضرورة إلى تفويته، وهو ما زاد على قدر الدَّين.

---

(١) في ج: وسائط.
(٢) (١ / ٦٤٦).

وفي «**المقنع**»[١] **من قول محمد بن عبد الحكم**: أنه لا يبيع إلا بقدر الدَّين بخلاف ما إذا كان ما يبيعه غلامًا أو جارية، فإنه يبيع جميع ذلك لضرر الشركة.

وفي هذا نظر، إذ بيع الجزء من بيع الكل إلا إن كان بيع الجزء وبيع الكل لا يختلف، فتأمله .

وقولنا: «لابد من يمين القضاء».

إنما وجب أن يحلف تلك حيطة للغائب، وكذلك في كل حق يتولى القاضي تنفيذه، نظرًا للغائب وحفظًا لماله للشك في بقاء الدَّين، فإذا حلف مرة، وتأخر القضاء لم يصح أن يحلف ثانية بالتوهم المحتمل.

ولا يشبه ذلك إذا كان صاحبه حاضرًا فادعى عليه أنه قضاه بعد ذلك؛ لأن اليمين عليه واجبة، ولو تأخر القضاء حتى قدم الغائب، وأقام معه مدة ثم مات ، لوجب ألا يقضي حتى يحلف ثانية، فلو كان القائم بالدين وارثًا، لحلف اليمين المذكورة على العلم، أنه لم يعلم أن مورثه قبض ذلك، فلو كان مُوَلّى عليه بوصيّ أو أب لحلف وحلف من علم به، قبض ذلك لمن إلى نظره، وإن نكل غرمه.

فلو لم يكن له ناظر، ففي «أحكام ابن سهل» من قول ابن عتاب في مُوَلّى عليها توفي زوجها وأرادت أخذ كالئها: أنها يقضى لها به، وترجى عليها اليمين إلى خروجها من الولاية وفيه بعد ذلك خلاف . انظر تمامه ، وانظر كلام عياض في «التنبيهات»[٢] .

وقولنا فيما تقدم: «فإن ادعى العدم أجله في ذلك».

هذا هو القول المشهور المعمول به؛ لأن الناس محمولون على الملاء.

قال بعض الشيوخ: وكذلك كل من وجب عليه دين مما تقدم له عوض أم لا .

---

(١) «المقنع في الوثائق» من تأليف العلامة أحمد بن أبي جعفر الصدفي، المشهور بابن مغيث، توفي رحمه الله تعالى سنة (٤٥٩) من الهجرة.

(٢) «التنبيهات» (٢ / ٦٢٢).

وذهب آخرون: إلى أن من وجب عليه دين من مـهر أو حمالة مما لم يتـقدم له عرض ، فادعى العدم لم يكن له عليه يمين؛ لأنه لم يثبت له ملك شيء كما ثبت في السلف والتبـايع، فلو شهد له شـهود عدول بالعـدم، وشهود آخرون باليـسار، ولم يعينوا له مالاً، فقيل: إنه ينظر إلى أعدلهـما، فإن تكافأتا سقطتا، وبقي على الأصل وهو الملاء، وقيل :إن تكافـأتا سقطتـا وأطلق من السجن حتى يكـشف عن حاله في السر. انظر سماع أبي زيد [(١)].

وقال في «المقدمات»[(٢)] **حاكيًا عن «أحكام ابن زياد»**: إن شهادة من شهد بالملاء أعمل، وإن كانوا أقل عدالة ، ويحبس بشهادتهم حتى تقوم له بينة أنه أعدم بعد ذلك بجائحة أتت عليه.

ثم قال: وهذا عندي بعـيد، ولا يصـح عندي إلا رواية أبي زيد أن ذلك تكاذب [وتهاتر][(٣)]، وأن بينة العدم أعمل؛ لأنها أثبتت حكمًا، وهو تحليفه وتسريحه.

انظر تمام كلامه في «المقدمات».

فإن سأل الطالب أن تفتش عليه داره، فاختلف الشيوخ المتأخرون في ذلك.

فحكى ابن سهل[(٤)]: أنه شاهد الفتوى والحكم بطليطلة أنه يفتش مسكنه، وأنكر ذلك ابن عتاب وابن مالك.

قال ابـن رشد[(٥)]: وأرى ذلك صوابًا فـيمن ظاهره الإلداد والمطل، واسـتسـهال الكذب، فإذا ثبت عدمه بما لا مدفع فيه للطالب، فلابد من يمينه ما له مال ظاهر ولا باطن، ولئن وجد لقـضى، وإنما وجب أن يحلف مع ثبوت عدمه؛ لأن الـشهود إنما يشهدون له على العلم، كالذي يستحق العرض بشهادة الشهود فلابد أن يحلف أنه ما باع ولا وهب.

إذ شهادة الشهود في ذلك على العلم لا على القطع.

---

(١) «البيان والتحصيل»: (١٠ / ٥٥١).
(٢) «المقدمات» (٢ / ٣١٢)، و«البيان والتحصيل» (١٠ / ٥٥١).
(٣) زيادة من «المقدمات» (٢ / ٣١٢).
(٤) «الإعلام بنوازل الأحكام» (ص / ٥٢٧).
(٥) «المقدمات» (٢ / ٣١٢).

عقود المعاوضات

وإن كان حكمها حكم البيوع، لأن كل عوض ثمن لصاحبه.

والعقد في ذلك : «تعاوض فلان ابن فلان الفلاني، وفلان ابن فلان بأن دفع فلان لفلان جميع الدار التي بموضع كذا، والنصف من جميع الدار التي بموضع كذا على أن دفع له فلان جميع الدار أو الأرض أو الحانوت معاوضة صحيحة تامة مبتولة دون شرط ولا ثنيا ولا خيار، وإن كانت هناك زيادة من أحدهما للآخر»، ذكرت ذلك وذكرت قبضها أو تأخيرها إلى أجل، ثم تقول: « تملك بها كل واحد منهما ما صار له بهذه المعاوضة عوضًا عما خرج عنه تملكًا تامًّ على السُّنة، والمرجع بالدرك ، وكل واحد من المتعاوضين المذكورين عالم بما صار له وبما خرج عنه، ثم تكمل العقد على ما تقدم في البيوع.

وإن كان أحدهما نائبًا عن غيره، بما تصح به النيابة ذكرت ذلك.

وإن عاوض الأب ولده الصغير عن نفسه جاز ذلك كالبيع.

ولا يجوز عند مالك أن يعاوض الوصيّ يتيمه من مال نفسه بخلاف الأب، وبه مضى العمل، كما لا يجوز له أن يهب مال يتيمه للثواب بخلاف الأب الذي يجوز له ذلك.

فقولنا: «على أن دفع له فلان كذا».

صحيح، ولا يحتاج في ذلك إلى تعيين ثمن أحد العوضين أو كليهما، فلو عينا الثمن لأحد العوضين، أو لكليهما، ذكرت ذلك على ما تقدم، صحت المعاوضة، وكان ذلك دليلاً على أن أحد العوضين ثمن للآخر.

وذكر الثمن لغو.

وفائدة ذلك: إذا استحق أحد العوضين، ففي الوجه الأول: الذي انعقدت عليه

الوثيقة رجع في عين شيئه إن كان قائمًا، وإن فات رجع في قيمته، وإن عري العقد من ذلك، احتمل أن يكون أحدهما باع من صاحبه دارًا بما سمى لها من الثمن، ثم دفع له المشتري عوضًا عن الثمن داره، أو أرضه، ففي هذا الوجه إذا استحق من يد المشتري ما أخذ، فإنه يرجع في الثمن لا في غيره دفع له؛ لأن الرجوع إنما هو بالمعقود عليه لا بالمنقود، وكذلك في الشفعة، وليس في «الكتاب» عند الشيوخ ما يخالف ذلك إلا ما وقع في كتاب الاستحقاق من «المدونة»[1] فيمن اشترى بدنانير، فدفع عنها دراهم، ثم استحق الشيء المبيع، فإنه يرجع بما دفع لا بما عقد.

ووجه ذلك: أنه إذا رجع بما عقد عليه أدى ذلك إلى التأخير في الصرف، فتأمله.

* * *

(١) «المدونة» (٣ / ١٠).

عقود تَصْيِير(١)

وحكمه أيضًا حكم البيوع سواء(٢)، إلا أنه يفتقر إلى إنجـاز القبض عند العقد، فإن تأخر عنه فـسد ودخله الدَّين بالدَّين ، كمن صير عن دين في ذمـته دارًا غائبة أو حاضرة على أن تبقى بيد المصير أو في سكناه مدة قريبة أو بعيدة، أو صير سلعة على خيار، أو أمة تتـواضع، أو غير ذلك مما لا ينجز الدفع فيه، أو يبقى فـيه حق توفية، فإذا أردت عقد ما يجوز من ذلك ، فتقول: « صير فلان ابن فلان الفلاني لفلان ابن فلان الفلاني جميع الدار التي في موضع كـذا، أو جميع الحانوت، أو جميع الأرض بمنافع ذلك ومرافقه، وكافة حقوقه، كلـها تصييرًا جائزًا ناجزًا دون شرط ولا ثنيا ولا خيار، في جُملة الدَّين المرتب له قِبَلَه للمصير المذكور من وجه كذا، وقدره كذا، قبله منه فلان المذكور قبولاً تاما، ورضي به عوضًا عن دينه المذكور رضا تاما، وبقبوله هذا ورضاه، سـقط عن المصيِّر المذكور جـميع العدة المصـيَّر فيـها المذكورة سقـوطا تاما، وتملك فلان المصيَّر له المذكور جميع الكذا الواقع فـيه التصيير المذكور تملكًا تاما»، ثم تكمل العقد على ما تقدم في البيوع، وإن كان التصيير في بعض الديون، وبقي بعضه على الغـريم ذكرت ذلك، وذكرت أن باقـي الدين باقي على الغريم، كـما كـان قبل التصـيير من حلول أو تأجـيل، وإن كان الدين أقل من قـيمة الشيء المصـير ، وزاد المصير له للمصير زيادة ذكرتها، وذكرت قبضها أو تأخيرها إلى أجل مطلق أو بضمان أو رهن .

---

(١) قال ابن سلمون: «التصييـر جائز، وهو: أن يعطيه ملكًا في دَين له عليه، ويكتب في ذلك عقدًا». ا هـ.

(٢) قال أبو الحسن الصغير: التعيير فيه قولان: هل يحتاج إلى حوز أم لا؟
فإن قلنا: هو بيع، لم يحتج إلى حوز.
وقال قاسم العقباني: التعيير بدون حوز باطل.
والذي أفتى به أبو عمران الفـاسي، وذهب إليه أكثر القرويين، واتصل به العمل: أن التـعيير لا يتم إلا بالحوز بإثر العقد. ا هـ. «المعيار» (٥ / ١٠١)، و(٥ / ١٦٠) و(٦ / ١٠٨).

فقولنا: «جائزًا».

احترازًا من الفاسد .

وقولنا: «ناجزًا».

أي: مقبوضًا، احترازًا مما يتأخر قبضه، وهو أخص من القيد الذي قبله.

واختلف الشيوخ في الزوج يكون لزوجه عليه الدين مهرًا، أو غيره فيصير لها في دار سكناه ، فقيل: إن ذلك لا يجوز؛ لأن الدار في يده أو عليه سكناها حتى يخليها من سكناه فيتم لها قبضها.

قال بعض الشيوخ: هذا هو المشهور من المذهب وبه العمل.

وقال أبو عمران: وقال أبو بكر بن عبد الرحمن: التصيير جائز، وإن كان ساكنًا معها فيها، إذ لو شاءت أخرجته، انظرًا « ابن سهل»[1].

فإذا كان للرجل على زوجته دين، فصيرت له دارًا هو ساكن فيها معها ، جاز ذلك ، وكان ذلك قبضًا منه للدار عقد إقالة[2] بعد تبايع تقدم ، وهي من ناحية البيع أيضًا، وهي جائزة في الأصول وغيرها بمثل وأقل وأكثر .

وقال سحنون: الإقالة: بيع من البيوع إذا كانت بزيادة أو نقصان، فإذا لم تكن كذلك فهي نقض بيع، فهي على المشهور بيع من البيوع، إلا في ثلاثة أشياء، الشفعة، والمرابحة، وبيع الطعام قبل قبضه.

وتعقد في ذلك: «أقال فلان ابن فلان ، فلانًا ابن فلان في جميع الكذا الذي كان ابتاعه فلان المقال المذكور من فلان المقيل المذكور منذ كذا، بمثل الثمن الذي وقع بينهما به التبايع ، أحضر ذلك فلان المذكور، ودفعه إلى فلان المذكور فقبضه منه فلان المذكور ، قبضًا تاما، وتملك فلان المذكور جميع الكذا تملكًا تاما».

---

(١) «الإعلام بنوازل الأحكام» (ص/ ٤٨٢).

(٢) قال ابن عرفة: «الإقالة: ترك المبيع لبائعه بثمنه». ا هـ. «شرح حدود ابن عرفة» (١ / ٢٧٩).

ثم تكمل العقد على ما تقدم .

وإن كانت الإقالة بزيادة أو نقصان، ذكرت ذلك، وذكرت قبض الزيادة، أو تأخيرها .

فقولنا: «جميع الكذا» .

فلو كان المبيع عرضًا حاضرًا بعينه كان حكم ذلك على ما تقدم؛ لأن هذا من باب بيع النقد، والسلعة معينة، فلو كان سلمًا في حنطة أو عروض ثم أقاله لم يجز له أن يؤخره في الثمن يومًا ولا ساعة بشرط ولا بغير شرط؛ لأنه دين بدين، ولا يفارقه حتى يقبض الثمن.

وقد حكى بعض الشيوخ: إذا وقعت الإقالة ، وتأخر الثمن اليومين والثلاثة بغير شرط، ثلاثة أقوال: **فله في «المدونة»**[1]: المنع.

وفي **«كتاب محمد»**: الإجازة.

وقال أشهب: إن كان من أهل الغيبة فسخت الإقالة .

وقولنا في الثمن : «أن المشتري قبضه».

صواب، فإن كان المشتري إنما اشترى بدين ذكرت سقوط الدين عن المشتري، وبراءة ذمته منه، وإن كان الثمن مما لا يجوز نقده لكون المبيع غائبًا غيبة لا يجوز النقد فيها، فلا يجوز أن يتقايلا فيها، ولا أن يبيعها من بائعها منه بمثل الثمن، ولا بأكثر، هذا قوله في «المدونة»، وقد ذكر بعد هذا في «كتاب الغرر»[2] أنه لا بأس أن تقيل من أمة بعتها، وهي في المواضعة لم تحض بعد، ولا استبراء عليك فيها، وللشيوخ بين المسألتين فروق ، ليس هذا موضع ذكرها، وإنما نبهنا على المسألتين تدريبًا للطالب ليتحرز منه، ومن أمثاله، والله الموفق بفضله.

---

(١) «المدونة» (٣ / ١١٦).

(٢) «التهذيب» (٣ / ٢٣٢).

عقد تولية[١] في دار أو غيرها

تقول: «ولي فلان ابن فلان، لفلان ابن فلان الفلاني جميع الدار التي بموضع كذا التي ابتاعها من فلان منذ كذا، بمنافع ذلك، ومرافقه بمثل الثمن الذي ابتاعها به، وهو كذا ، أحضره المولى له المذكور، ودفعه إلى المولي المذكور، وقبضه منه قبضًا تاما، وتملك فلان المذكور جميع الدار المذكورة تملكًا تاما» ثم تكمل العقد إلى آخره.

وإن أشركه فيها بجزء ذكرت ذلك، وقلت: «ولي فلان ابن فلان الفلاني، لفلان ابن فلان الفلاني النصف من كذا أو الربع أو ما اتفقا عليه»، وإن شئت افتتحت ذلك بلفظ: «اشترك فلان فلانًا في مشتراه المذكورة فوقه»، وإن كان في رسم بائن عن رسم الشراء، قلت: في جميع الدار التي اشتراها من فلان التي بموضع كذا بأن خرج له عن نصفها، أو عن ربعها أو ثلثها، أو ما اتفقا عليه بمثل ما وجب له من الثمن، وقدره كذا، وأحضره فلان، ودفعه إلى فلان، فقبضه منه وأبرأه منه، وتملك ذلك المشتري المذكور تملكًا تاما»، ثم تكمل العقد على ما تقدم.

فقولنا في النص: «منذا كذا».

أصوب ، وفائدته: العهدة على من هي ، أعني: عهدة المولي أو المشتري ، هل هي على البائع أو المشتري؟ ولا يخلو ذلك من أن يكون بحضرة العقد أو على قرب، أو على بعد منه، فإن كان بحضرته، وعند التعاقد فعهدة المولي أو المشتري به على البائع، دون اشتراط ذلك عليه، وإن كان ذلك بعد المواجبة ثم وقعت الشركة، أو التولية بعد ذلك، وقبل الافتراق، فالعهدة على المشتري إلا أن يشترطها على البائع، فيجوز ذلك وإن افترقا، ولم يطل، فهل يجوز للمشتري أن يشترطها على البائع أم لا؟ في ذلك قولان.

---

(١) قال ابن عرفة: «التولية: تصيير مُشترٍ ما اشتراه لغير بائعه بثمنه». ا هـ. «شرح حدود ابن عرفة» (١ / ٢٨٠).

وأما إذا بعد، فلا يجوز أن يشترط ذلك على البائع بوجه.

وقولنا في الشركة: «بأن خرج له عن نصفها».

صواب، وفائدته قطع الشغب بينهما، فلو قال له: أشركني في مشتراك، فقال له: أشركتك ، ثم وقع التنازل بينهما ، فإما أن يدعيا بيانًا مثل أن يقول المشتري: أشركتك بالربع، ويقول الآخر: بل بالنصف أو بالعكس، وإما أن يقول كل واحد منهما: لم [أنو][(١)] شيئًا .

فإن كانت السلعة قائمة، فقال الذي أشرك: إنما أشركتك بالربع أو السدس، وذلك الذي أردت، فالقول قوله، وعليه اليمين، وإذا قال الذي أشرك: إنما أردت الربع أو السدس، فالقول قوله أيضًا وعليه اليمين.

قال ابن القاسم[(٢)]: وذلك أن الشركة ههنا إنما هي بيع من البيوع.

قال ابن القاسم[(٣)]: فإذا قال كل واحد منهما: لم [أنو][(٤)] شيئًا، ولم يدعياه، فإن السلعة تكون بينهما نصفين، فإذا ادعيا الإفصاح، فالقول قول من ادعى الأقل، وإن لم يدعيا إفصاحًا ولا نية، فهو بينهما [نصفان][(٥)]، انظر رسم سبق من سماع ابن القاسم، وسماع أبي زيد من «كتاب الشركة»[(٦)].

* * *

(١) في ج: ينو.
(٢) «البيان والتحصيل» (١٢ / ١٢).
(٣) «البيان والتحصيل» (١٢ / ١٢، ١٣).
(٤) في ج: ينو.
(٥) سقط من ب و ج.
(٦) «البيان والتحصيل» (١٢ / ١٢).

عقود السَّلَم

اعلم أن السلم(١)، وإن سمي سلمًا فهو بيع من البيـوع ؛ لأن حقيقة البيع: نقل الملك بعوض، إلا أنه اختص بهذا الاسم دون سائر البيوع.

وهو جائز في كل شيء يضبط بالصفة، ما عدا الدور، والأرضين.

ويجوز بشروط: وهو أن يكون رأس المال مما يجوز أن يسلم في المسلم فيه، وأن يكون نقدًا أو في حـكم النقد، ولا يجوز تأخـيره بشرط فـوق ثلاثة أيام، وأن يكون المسلم فيه مضبوطًا بالصـفة، معلوم المقدار بكيل معلوم، أو وزن أو عدد، وأن يكون متعلقًا بالذمة لا في معين، وأن يكون مؤجلاً أو معنى المؤجل ، مثل أن يعلق القضاء في بلد غـير البلد المسلم فـيه [وأن يكون المسلم فـيه](٢) موجـودًا عند الأجل ، فإذا أردت عقد السَّلَم، قلت: « ترتب قِبَلَ فلان ابن فلان الفلاني، وفي ماله وذمته لفلان ابن فلان الفـلاني كذا وكـذا وسق من قمح جديد بكيل مـدينة كذا أو كـذا، أو كذا أربعة من سمن بقر أو سمن غنم أو كذا وكذا قُلَّة من زيت الزيتون».

وإن كان في غـير ذلك من الأجناس ذكـرته، وتصف القمح بأنه مـن الزريعة أو الأحمر، أو عكس القمح، وتصفه بالجودة أو الرداءة أو الوسط، وتصف السمن وغير ذلك مما ذكر بصفة يرتفع بذكرها التـنازع ،ثم تقول: « من سَلَمٍ صحيح، قبض رأس ماله ناجزًا بالمعاينة أو بالاعتراف يؤدي له ذلك عند انقضاء أمد كذا في موضع كذا لا براءة له من كذا إلا بالواجب، شـهد على إشهاده بذلك، وهو بحال الصـحة والجواز والطوع، وعرفه، وفي كذا».

فقولنا: «في ماله وذمته» .

---

(١) قال ابن عرفة: «السَّلَم: عـقد معاوضة يوجب عمـارة ذمة بغير عين ولا منفعة غيـر متماثل العوضين». ا هـ. «شرح حدود ابن عرفة» (١ / ٢٩١).

(٢) سقط من أ.

أي: مضمونًا عليه في ذمته لا في معين؛ لأنه إذا كان معينًا فاستحق يفسخ فيه البيع فلا يجوز ضمانه في الذمة إلى أجل، فائدته إذا استحق، أو إذا وجد به عيبًا رجع بمثله، وذلك جائز في المضمون، ولا يجوز في المعين، فإن شرط في المعين ضمانه فسد البيع، انظر السلم في ثمر حائط بعينه أو قرية بعينها[1]، أول السلم الأول من «المدونة»[2] وتأمله هناك.

وقولنا: «كذا وكذا وسقًا أو كذا وكذا ربعًا ... إلى آخره».

صواب ، فإن سقطت ذكر ذلك من العقد، أو سقطت الصفة، أو كان بغير كتاب، فاختلف في قدره أو في صفته، ففي «المدونة»[3] : إذا قال البائع: بعتك ثلاثة أوسق بدينار، وقال المشتري: بل اشتريت منك أربعة أوسق بدينار، وكان اختلافهما عند الأجل في كثرة عدد أو وزن أو صفة، واتفقا في الاسم أنه طعام كذا أو حيوان كذا أو عرض من جنس كذا، فالقول قول البائع مع يمينه إذا ادعى ما يشبه، هذا قوله في «المدونة» قال [القاضي أبو الفضل][4] عياض: هذا يدل على أن رأس المال عين؛ لأن الانتفاع برأس المال إذا كان لا يعرف بعينه فوت بيد البائع كفوات السلعة بيد المبتاع، وكذلك لو لم يحل الأجل، ولكنه مضى لقبض [الثمن][5] مدة ينتفع بها، بخلاف لو كانت سلعة معينة فيراعي فيها الفوات من عدمه، كالسلعة المشتراة بالنقد.

وقولنا: «وجنسه».

صواب، فلو اختلفا في الجنس، فقال أحدهما: في قمح ، وقال الآخر: في تمر، أو اختلفا في النوع، فقال أحدهما : في قمح، وقال الآخر: في شعير، فقال في «الكتاب»[6]: تحالفا وتفاسخا ، وإن بعد الأجل ورد المبتاع رأس ماله.

---

(١) «المدونة» (٣ / ٥٦)، و«التهذيب» (٣ / ١٠).

(٢) «المدونة» (٣ / ٥٤)، و«التهذيب» (٣ / ٥).

(٣) «المدونة» (٣ / ٥٩).

(٤) زيادة من ج.

(٥) في ج: رأس المال.

(٦) «التهذيب» (٣ / ٤٢).

وقال اللخمي: إذا قال أحدهما: في قمح، وقال الآخـر: في شعير، حاكيا عن عبـد الملك: لا يتحالفـان؛ لأنهما اتفـقا في الجنس ، فجـعل القمح والشعـير مما لا يتحالفان فيه.

وقال فضل: يتحالفان ويتفاسخان، وجعل ذلك كاختلافهما في الجنس.

وانظر لو قال أحدهمـا: في فرس ذكر،وقال الآخر: أنثى فـهو كاختلافـهما في الجنس وليس كالاخـتلاف في الصفة، ولو اختلفـا في البغل، فقال أحـدهما: ذكر، وقال الآخر: أنثى ، فهو كاختلافهما في الصفة.

وقولنا في صفة القـمح ما قيدناه به هو الصواب، إذ لا يجوز السلم في قمح أو طعام إلا بصفة معلومة لا تختلف.

قال بعض الموثقين: فإن ذكر الجنس ولم يصفه، فلا يخلو أن يكون ذلك في بلد يكون القمح فيه أجناسًا، كالأندلس وغيرها، أو لا يكون في البلد إلا جنس واحد ، كالبيضاء بمصر، والسمراء بالشام، فـإن كان ببلد فيه أجناس فالسلم فاسد، يفسخ إن نزل.

وإن لم يكن في البلد إلا جنس واحد فعن مالك في ذلك روايتان:

إحداهما: أن السلم جائز.

الأخرى: أنه لابد من ذكره، فإن لم يفعل فقال ابن عبد الحكم: يفسخ.

وقال أصبغ: لا يفسخ.

وإن اقتصرت على قولك : «من قمح طيب » لم يجـز أيضًا حتى تذكر الصفة، والجنس .

وقولنا: «بكيل مدينة كذا».

هو الصواب ؛إذ لا يجوز لمن ابتاع طعامًـا بعينه، أو أسلم في طعام موصوف أن يشتـرط قبـضه بكيل عنده أو عند غـيره، أو بمكيـال قد ترك وأقـام الناس سواه، أو

بقصعة أو بقدح، ويفسخ ذلك إن نزل، قاله ابن القاسم(١).

وقولنا: «من سلم صحيح جائزاً».

احترازاً من الفاسد الذي لا يجوز، ووجوه الفساد كثيرة، وهي: أن يختل شرط من الشروط المذكورة، فلو اختلفا في الصحة والفساد فقال في «**المدونة**»، القول قول مدعي الحلال منهما مع يمينه، إلا أن تقوم بذلك بينة(٢).

وظاهره: فات أو لم يفت.

واختلف الشيوخ في تأويل المسألة:

فقال عياض: أشار بعضهم إلى أن هذا على مراعاة الأشباه قبل الفوات حتى لو كان العرف في البلد الفساد، كان القول قول مدعيه.

قال: وعلى أصله في «الكتاب» يتحالفان ويتفاسخان

وذهب بعضهم إلى أن معنى ما في «الكتاب»: أن الأجل قد حل.

ونقل ابن يونس(٣) عن الشيخ أبي بكر بن عبد الرحمن: أنه يكون القول قول مدعي الصحة إذا فاتت السلعة، وأما إذا كانت فائضة، فيتحالفان ويتفاسخان.

وقال: إن معنى مسألة «الكتاب»: إذا كان الأجل قد حَلَّ ، وأما إذا كان بقرب عقد السلم، فيتحالفان ويتفاسخان.

وحكى بعض شيوخ إفريقية: إنه إذا كان الفساد في العقد كبيع يوم الجمعة، أو بيع غرر، فالقول قول مدعي الصحة، وإن كان اختلافهما يؤدي إلى الاختلاف في الثمن، أو ما يؤدي إليه، فإنهما يتحالفان ويتفاسخان.

قال ابن محرز: والمبدأ باليمين البائع، فيحلف على ما ذكر من الثمن، وعلى ما

---

(١) «المدونة» (٣ / ٨٩)، و«التهذيب» (٣ / ٣٨).
(٢) «المدونة» (٣ / ٦٣٣)، و«التهذيب» (٣ / ٥١٦).
(٣) «الجامع» (٨ / ٣٠٧).

ادعاه من صحة البيع، فإن حلف قيل للمشترى : احلف ، فإن حلف فسخ البيع، وإن نكل ثبت البيع بما حلف عليه، فإن كان البائع لما عرضت عليه اليمين نكل عنها فسخ البيع، ولم يحلف المشتري.

وقال أبو إسحاق: الأولى أن يبدأ المشتري باليمين، وهو مدعي الحرام؛ لأن المشتري إن حلف انفسخ البيع بيمينه ولم يحتج إلى يمين البائع، وإذا ابتدأ بيمين البائع، فحلف لم يكن له بد من يمين المشتري.

وأطال كل واحد منهما الكلام والانتصار لمذهبه، فانظر ذلك.

وقولنا: «قبض رأس ماله ناجزاً».

هو الصواب؛ لقطع الاختلاف بينهما، إن ادعى أحدهما أن رأس المال تأخر إلى الأمد البعيد بشرط أو بغير شرط، وأنكره الآخر، فاليمين تجب على المنكر منهما، فإذا وقع ذلك في العقد ارتفع الإشكال ، هكذا قيد بعض الشيوخ هذا اللفظ، واختلافهما في تأخير رأس المال بشرط لأمد بعيد يؤول إلى اختلاف الصحة والفساد، وقد تقدم.

واختلف إذا تأخر رأس المال بشرط اليومين والثلاثة.

فقال مالك، وابن القاسم: إن ذلك جائز.

وحكي عن بعض البغداديين: إن ذلك فاسد.

واختلف الشيوخ في تأويل «المدونة» لاحتمال ظاهرها، فإن وقع ذكر القبض في العقد أو وقع ذكر التأخير بشرط أو بغير شرط بلا إشكال ، فإذا وقع السلم بينهما ولم يضرب لرأس المال أجلاً، فافترقا قبل أن يقبض البائع رأس ماله، فقال في «المدونة»(١): فهو حرام، إلا أن يكون على النقد.

فظاهره : مع الإبهام فاسد.

---

(١) «المدونة» (٣ / ٨٧)، و«التهذيب» (٣ / ٣٧).

فقال عياض: لعله لم يكن عندهم عرف النقد في السلم، وإلا فمقتضى لفظ السلم، وعرفه يجب جوازه، وإن لم ينصا على النقد، ويحكم فيه بالنقد ويكون قوله: « إلا أن يكون على النقد» أي: باشتراطهم، أو عرفهم.

وذهب ابن محرز: إلى أنهما عملا على التأخير.

ابن يونس: حمل أمرهما على أنهما أرادا التأخير لما ظهر من فعلهما ففسخه حماية، وكذلك أصله في المبهمات، أنه يحمل على الفساد حتى يشترط الحلال.

وقولنا: «وقدره كذا ».

كاف ، وبعضهم يزيد في الثمن بعد أن قبله ورضيه قال: وهو الصواب، ورفع للاختلاف إن ادعى المسلم إليه أنه وجد فيه زيوفًا، فإن سقط ذكر ذلك من العقد، فوجد فيه زيوفا ، فعلى المسلم بذلها، إذا عرف أنها من دراهمه ولو بعد شهر أو شهرين، ويثبت السلم على حاله. قاله مالك وغيره.

ووقع مثله في «المدونة».

وقال سحنون: معنى المسألة : أنها مكروهة أو زيوف ، ولو كانت نحاسا أو رصاصًا، ما يحل أخذها، ولا التعامل بها.

قال بعض الشيوخ: هذا خلاف ظاهر «المدونة» فإذا جاءه بالزيوف، وعرفها، وتعين عليه بذلها، فله أن يؤخره في ذلك يومًا أو يومين مقدارها كان يجوز له أن يؤخر رأس المال ابتداء، فإن شرط أكثر من ذلك لم يجز ولم يجبر على البلد. قاله أبو إسحاق .

فإن تعاقدا السلم على الصحة، ثم امتنع المسلم من الدفع، أو المسلم إليه من القبض حتى حل السلم، فإن كان الامتناع من المسلم ، فالمسلم إليه بالخيار، بين أن يأخذ برأس المال ويوفيه سلمه، أو يمتنع من ذلك ولا يدفع إليه شيئًا، وإن كان المسلم إليه هو الممتنع، فالمسلم أيضًا بالخيار كما تقدم. قاله ابن حبيب.

وقولنا: «يؤدي له ذلك عند انقضاء كذا».

هو مما لا بد فيه من ضرب الأجل، إذ لا يجوز، أن يكون حالاً، ويفسخ، في المشهور من المذهب ولا حد لأكثر الأجل.

واختلف في أقله، والذي عليه العمل: الخمسة عشر يومًا، والعشرون يومًا، فإذا كان إلى أقل من ذلك، فسخ السلم ودخله بيع ما ليس عندك، على أن يكون عليك حالا إلا أن تختلف البلدان، فيجوز.

ولابد أن تذكر في الأجل بيانًا يرفع الاحتمال، فتقول: «في أول شهر كذا، أو في وسطه، أو في آخره، أو عند انقضائه» فإنك إذا لم تذكر ذلك، وقلت: «في شهر كذا» دخله الاختلاف.

فإن ابن لبابة: جعله أجلاً مجهولاً حتى يسمي أي وقت من الشهر، وأنكر ذلك عليه ابن زرب، وغيره.

وقال بعض الموثقين: إذا قال العاقد: يرفعه في شهر كذا، يحكم له بالشهر كله.

وقال غيره: إذا مضى معظم الشهر، فقد وجب عليه القضاء.

وقال ابن العطار: يكره ابتداءً ولا ينتقض به السلم.

وفي «المدونة»(١): لا بأس بالبيع إلى الحصاد أو إلى الجذاذ، أو إلى العصير، ثم قال: لأنه أجل معروف.

قال عياض(٢): يخرج من مسألة البيع على الحصاد، جواز البيع على أن يقضيه في شهر كذا، والأجل نصف الشهر، كما قال في مسألة الحصاد معظمه، والعادة أنه في وسط أوقاته.

وقيل: لا يجوز؛ لأنه لم يؤقت وقتًا منه.

---

(١) «المدونة» (٣/ ١٩٦)، و«التهذيب» (٣ / ١٦٢).

(٢) «التنبيه» (٣ / ١١١٩).

ابن يونس[١] **قال:** ولا بأس ببيع أهل الأسواق على التقاضي، وقد عرفوا قدر ذلك الشهر أو ما عرفوا بينهم يزيد فيما جرى بينهم .

قال مالك وإن تأخر بعد ما عرف من وجه التقاضي أغرم ذلك، انتهى.

و قولنا: «بموضع كذا».

صواب ، فإن سقط ذلك من العقد، واختلف في موضع العقد نص مع اتفاقهما على بلد المسلم لزمه القضاء في سوق ما أسلم فيه إن كان لها سوق، وإن لم يكن لها سوق فحيث ما قضاه من البلد أجزاه عند ابن القاسم.

وقال سحنون: يوفيه بداره كان له سوق أو لم يكن.

وروى عيسى عن ابن القاسم: أنه يقضيه حيث اقتضى منه رأس المال.

قال ابن المواز: ولا يفسد السلم إن لم يذكر موضع القضاء، ويلزمه أن يقضيه بموضع التبائع في سوق تلك السلعة على ما تقدم.

وذكر ابن حارث: إنه إذا لم يذكر موضع القضاء فسد السلم، فإن اختلفا، فادعى أحدهما مطلق العقد، وادعى الآخر تعيين هذا البلد، فالقول قول من قال بمطلق العقد، وإن اتفقا أنهما شرطا موضع القضاء، وغير أحدهما مكان أو الآخر غيره، فالقول قول مدعي موضع السلم، فإن لم يدع واحد منهما، كان القول قول المسلم إليه إذا أتى بما يشبه، وإن كان السلم في عروض ، أو رقيق، أو حيوان، فالمنصوص فيها كما تقدم، ويصف كل نوع من ذلك بصفة لاتختلف ، ولا يتميز إلا بها، وإن كان السلم في صناعة جاز أيضًا، وهو على مذهب ابن القاسم على أربعة أوجه:

أحدها: ألا يشترط عمل من استعمله ولا يعين ما يعمل منه فهذا سلم، وقد تقدم رسمه.

---

(١) «الجامع» (٨ / ٣٥٥).

الثاني: أن يشترط عمله ، ويعـين ما يعمل منه، فليس بسلم، وإنما هو من باب البيع، والإجارة في الشيء المبـيع، فإن كان يعرف وجه خـروجه، أو تمكن إعادته منه فيجوز على أن يشرع في العمل وعلى أن يؤخـر الشروع فيه بشرط ما بينه وبينه ثلاثة أيام، فإن كـان على أن يشرع جاز بشـرط تعجيـل النقد وتأخيـره، وإن كان علي أن يتأخر الشـروع في العمل إلى ثلاثة أيام، وغيرهـا لم يجز تعجيل النقـد بشرط حتى يشرع في العمل.

الثالث: وهو ألا يشتـرط عمل رجل بعينه ويعين مـا يعمل منه، فهـذا أيضًا من باب البيع والإجارة في المبـيع، إلا أنه يجوز على تعجيل العـمل، وتأخيره إلى ثلاثة أيام، ويجوز تعجيل النقد وتأخيره.

الرابع: وهو أن يشترط عـمله ولا يعين ما يعمل منه، فلا يـجوز بحال، لأنه به أصلان متناقضان: لزوم النقد؛ لكون ما يعمل منه مضمونًا ، وامتناعه لاشتراط عمل المستعمل.

* * *

عقد ابتياع الرقيق والحيوان

تكتب في ذلك: « اشتري فلان ابن فلان الفلاني، من فلان ابن فلان الفلاني مملوكًا اسمه كذا، ونعته»، تذكر في صفته ما لابد منه من سنه هل هو شاب أو كهل أو شيخ؟ ومن قده ، هل هو ربعة أو معتدل القامة، أو طويل؟ ومن لونه، هل هو كبدي، أو حالك اللون، أو أسمر اللون؟ ومن وجهه ، هل هو مستدير الوجه، أو أسيل الخدين؟ ومن حاجبه ،هل هو أبلج أي عري الفرجة التي بين حاجبيه من الشعر، أو متصلهما - يعني: بالشعر؟ وهل هو وجن؟ وهو بروز وجنته، وهل هو جاحظ العينين؟،وهو بروزهما أو غائرهما، وفي الأنف، هل هو منفرجه أو قائمه؟ وهل هو أقنى؟ وهو انحداب وسط الأنف أو أخنس؟ وهو متطامره، وإن كان له نبات بذقنه أو [بعارضيه][١] ذكرت ذلك، وإن كان بوجهه أثر ذكرته، أو ثآليل وصفتها وموضعها، وإن كانت أمة وصفتها كذلك، ثم تقول: « بثمن مبلغه كذا قبض ذلك البائع المذكور كما قبض المشتري المذكور مشتراه المذكور كل ذلك بالقبض التام، وتبارآ من ذلك القبض على السنة، والمرجع بالدرك».

هذا الرسم كاف في ابتياع الرقيق، غير أنك إن كانت أمة من المرتفعات فلابد فيها من المواضعة للاستبراء، ولا يجوز فيها نقد الثمن بشرط، فإن كان البائع يعلم في عبده أو أمته عيبًا ذكر ذلك وبينه ، ولا يحل له أن يبيع عبدًا، أو أمة ، أو سلعة، أو شيئًا من الأشياء وهو يعلم بها عيبًا حتى يبينه لمبتاعه، فيكون علمه به كعلمه هو، فإن لم يفعل ، وكتمه ذلك وغشه ، فهذا من أكل المال بالباطل، فإن أعلمه به، فلا يخلو العيب، أن يكون مما يذكر بالعيان، كالقطع، والشلل، والعمى، والعور، والجرب، ونقصان ضرس أو آثار كي، أو كان يدرك بالشم كالبخر[٢]، ونحوه، فما

(١) في أ : عارضة.

(٢) البَخر: ريح كريهة من الفم. «العين» (٤ / ٢٥٩).

كان من هذه بالأمة أو بالعبد ذكرته في عقد الابتياع، وقلت بعد ذكر الثمن: «وأعلم البائع المذكور المشتري أن بالعبد المذكور عيوبًا، وهي كذا، فدخل عليها ورضاها».

وإن كان مما يدرأ بالإخبار كالزنا ، وشرب الخمر، والزوج في الأمة، والزوجة في العبد، والأبوين، والولد، والاستحاضة ، وعدم الحيض، والبول في الفراش، والجنون ونحو ذلك ، ذكرت ذلك أيضًا كما تقدم.

فإن كانت هذه العيوب مما لا يختبر فيها بالإخبار من اسمها إلا مع الوصف لها كالإباق، والسرقة، وداء الفرج، أو كانت صورتها مرئية إلا أنه لا يعلم منتهاها، ولا بعد البحث عنها، كالجراح في الرقيق، والدبر في الدواب، استوعبت وصف ذلك.

وقلت في العقد مقدار السرقة، هل هي رغيف أو ثوب، أو مكال؟ وقدر الإباق هو قريب أو بعيد؟ وقدر داء الفرج وما هو، وقدر غور الجرح والدبر، فإن لم يبين ذلك، كما وصفنا، واقتصر على الإخبار عنه لم يجز إلا في الشيء الخفيف كسرقة الرغيف، وإباق اليوم، وعدم الغور في الجرح، وفي الدبر، هذا هو المشهور، وهو قول ابن القاسم.

وقيل: يفسخ البيع ، وهو قول أشهب.

فإن كانت العيوب مما تدرى بالعيان فلابد أن يوقف المشتري عليها، فإن تبرأ منها، ولم يوقف المشتري عليها لم ينفعه ذلك في قول مالك، وكذلك لو قال له: تبرأت إليك من كل عيب، ولم يسم شيئًا، فإن أغفل التبرؤ من العيوب، وذكر البائع أن بالعبد عيوبًا، فلا يخلو أن تكون ظاهرة، أو خافية، فإن كانت ظاهرة كان للمبتاع أن يقبله بعينه، أو يرده، ويرجع بجميع الثمن، وإن كان العيب لم تنفعه دعواه إن أكذبه المبتاع، ومتى ظهر له العيب، ثبت له الرد .

فإذا قام المشتري بعيوب في العبد، وثبت ذلك ببينة، وأنها قديمة، أقدم من أمد التبائع، وأعذر في ذلك البائع، ولم يكن له في ذلك مدفع فله الرد.

وإن اتفقا على العيب ، وادعى البائع حدوثه، وادعى المشتري قدمه، فعلى

المشتري إثبات قدمه.

وتعقد في ذلك: « وقف شهود في تاريخه وهم من الأطباء العارفين بعيوب الرقيق، والمرجوع إليهم في علم ذلك، على عبد مملوك اسمه كذا، ونعته كذا»، أو إن كان بينهما رسم وكتبت ذلك بمحوله، أو تحته ، أحلت عليه، وقلت بعده: «وهو الذي وقع التبايع فيه، في وقت كذا ، فنظروه نظرًا تاما، فألفوا به عيوبًا، وهي كذا، وظهر لهم أنها قديمة، وأقدم من أمد التبايع الواقع فيه في كذا، وهو مما يخفى على المشتري، وقيدوا بذلك شهادتهم في كذا».

وبعضهم يزيد في النص: «وأنه ينقص من الثمن نقصًا بينًا » وغمز هذا بعضهم ، وقال: إنما على الطبيب أن يصف العيب خاصة، وإنما يشهد بنقص الثمن عدلان .

قال بعض الشيوخ: الأول أحسن.

وقال ابن لبابة[1]: إذا شهد الأطباء بقدم العيب، وأنه عيب يجب به الرد، قبلت شهادتهم، وجاز قولهم.

واعترض ذلك ابن سهل، وقال[2]: هو خطأ من القول، إنما على الطبيب أن يشهد بأنه عيب قديم ، ثم يشهد أهل البصر من تجار الرقيق أنه عيب يحط من الثمن، ثم يفتي الفقيه بوجوب الرد، البائع انظر «ابن سهل».

فإذا ثبت هذا الرسم بما يجب وأعذر في ذلك البائع المذكور، ولم يكن له في ذلك مدفع قضى عليه برد العبد، فإذا أتى البائع بعدول أخر يشهدون بخلاف ذلك، مثل أن تقول البينة الأولى: هو قديم، وقالت الثانية: هو حديث، أو قالت الأولى: هو عيب يوجب الرد ، وقالت الثانية: لا يوجب الرد، ولا ينقص من الثمن، فقال في «المدونة» «وكتاب ابن مزين»[3]: إن ذلك تكاذب ، ولا يحكم برد، فقال

---

(١) انظر: «الذخيرة» (١٠ / ١٥٦)، و«الشرح الكبير» (٣ / ١٣٨).

(٢) «الإعلام بنوازل الأحكام» (ص/ ٣٢٦).

(٣) انظر: «النوادر والزيادات» (٦ / ٢٨٨)، و«المقدمات» (٢ / ٣١٢ ـ ٣١٣).

بعضهم: إذا تكافأتا في العدالة وإلا حكم بالأعدل، وقيل :يقضي بالبينة التي أوجبت الرد، انظر «ابن سهل»[(١)].

فإن اختلفا في عين المعيب ، فقال البائع: ليس الذي بعت منك، فالقول قول البائع وعلى المبتاع البينة، فإن اختلفا بعد الرد في قدر الثمن، فالقول قول البائع مع يمينه إذا أتى بما يشبه، فإذا أتى بما لا يشبه، قول المبتاع، فإن أتيا جميعًا بما لا يشبه فله قيمة العبد سلمًا يوم البيع، فإن شككت في العيب هل هو قديم أو حديث؟ لزم المشتري، ولم يكن له الرد، لأن الشراء قد لزمه، والشك في قدم العيب أو حدوثه لا يبطل ما وجب عليه غير أن البائع يحلف، فإن كان ظاهرًا حلف البائع على البت؛ لأن الغالب أن الإنسان لا تخفى عليه عيوب عبده، وإن كان مما يخفى مثله، حلف على العلم، هذا قوله في «المدونة»[(٢)].

وقال أشهب[(٣)]: لا يحلف البائع إلا على العلم في العيب الظاهر والخفي.

وفيها قول ثالث حكاه الباجي[(٤)] عن ابن نافع: أنه يحلف على البت فيهما.

قال ابن محرز: وإن لم يكن من المشتري في هذا الوجه تحقيق بدعواه، فلابد من يمين البائع، وليس على ذلك محمل ما اختلف فيه من شك الغريم في قضاء ما وجب عليه، والصواب في شك الغريم ألا يمين على صاحب الدين، وذلك لأنه مقر بأصل الدين وهو يشك في سقوطه، وليس عليه مخاصمته بالشك، وإنما ألزمنا البائع اليمين لقيام المشتري [بعيب][(٥)] شك فيه الشهود [و][(٦)] شكهم شبهة قام بها المشتري فكان له أن يحلف البائع على نفي تلك الشبهة ، هذا إذا شك أهل البصر في قدم

---

(١) «الإعلام بنوازل الأحكام» (ص/ ٣٢٧).
(٢) «المدونة» (٣ / ٣٤٧)، و«التهذيب» (٣ / ٢٩٤، ٢٩٥).
(٣) انظر: «النوادر والزيادات» (٦ / ٢٩٠، ٢٩١).
(٤) «المنتقى» (٤ / ١٩٤ ـ ١٩٦).
(٥) في أ: بالعيب.
(٦) سقط من أ.

العيب أو حدوثه، وأما إذا أشـهد بقدمه فقد وجب الرد، ولو شهـد بحدوثه فقد لزم المشتري، فتأملها ثلاثة أوجه، وفروع هذا الفصل كثيرة فانظرها في أمهات الكتب.

وقولنا في رسم التبائع: «قبض المشتري المملوك أو المملوكة».

معناه : إذا كانت وخـشا وذلك جائز؛ لأن المعهـود من الوخش عدم الوطء وإنما يتخذن للاقـتناء والخدمة، فيحمل علي المتـعارف فيه، إلا أن يقر البائع بوطئـها فلابد من الاستبراء، [ويحلف][1] عليها من أباها ، وبعضهـم يزيد في النص حضور العبد عند الإشهاد، ويـقول: ذلك قبض المبتاع، وبعـضهم يزيد إقرار العبـد بالرق للبائع، ويقول: فائدته: أنه استحق يومًا بالحرية والبـائع عديم، وهو ذو مال، فيكون للمبتاع الرجوع عليه بالثمن؛ لأنه غره من نفسه، بادعائه الرق.

وإن كان للعبد مال، واشتـرطه المبتاع ذكرت ذلك في النص؛ لأن من باع عبدًا، وله مال فماله للبائع، ولا يكون للمبـتاع منه شيء إلا إذا اشترطه في الصفة، فيكون له ، قليلاً كان أو كـثيرًا معلومًا كان أو مـجهولاً، عينًا أو عرضًا، نقـدًا أو مؤجلاً، وهو تبع لا تقع عليه حصة من الثـمن، وسواء باعه بعين نقدًا أو إلى أجل، كل ذلك جائز عند مالك وأصحابه، ولا يجوز أن يشترط بعضه، قاله مالك، وأكثر أصحابه.

وقال سحنون: ذلك جائز، وقاله أشهب.

فتـحرز إذا عـقدت بيعًـا في مملوك أو مملوكة أن تسـأل عن مال إن كـان له فإن اشترطه المشتري، ذكرت ذلك، وإن أبقاه البائع لنفسه ذكرته، فإن عري العقد من بيان ذلك اقتضى بمقتضى البـيع أنه للبائع؛ لأن رسول الله ﷺ قال: «**من باع عبدًا فماله للبائع**»[2].

وصار المبتـاع مدعيا على الـبائع في اشتراط المال، وقـد أحكمت السنة أن البينة

(١) في ج: ويجري.

(٢) أخرجـه البخاري (٢٣٧٩)، وأبو داود (٣٤٣٣)، والنسائي (٤٦٣٦)، والتـرمذي (١٢٤٤)، وابن ماجه (٢٢١١) من حديث ابن عمر - رضي الله عنهما.

على المدعي واليمين على من أنكر، انظر سماع عيسى من «جامع البيوع».

وإن كان للأمة ولد صغير لم يجز بيعه دون أمه، أو بيع الأم دونه، وذلك ممنوع، ولا خلاف في ذلك، وإنما اختلف الشيوخ هل ذلك حق للأم، أو ذلك حق للولد، فإذا قلنا: إن ذلك حق للأم ، فرضيت هل يجوز أم لا؟، في ذلك قولان، واختلفوا أيضًا في حق التفرقة.

فروى ابن القاسم عن مالك(١): أن حده الإثغار.

وقال ابن القاسم(٢): حده أن يستغني عن أمه في أكله وشرابه ومنامه، وقيامه، وقيل غير ذلك.

فإذا وقع البيع في أحدهما [دون الاخر هل ينتقض البيع أم لا؟ في ذلك قولان: أحدهما:](٣) ينتقض ويفسخ حتى يجمع بينهما، والقول الآخر: أن البيع نافذ، ويجبران على الجمع بينهما في ملك واحد، قاله محمد .

قال المتيطي: والمسلمة والذمية في ذلك سواء، وما كان على الأمة حين البيع من ثياب رفيعة زينت بها، أو حلى فهو للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع، فيكون ذلك له، إن كان ذلك مالاً للجارية وإن كان مالاً للسيد لم يجز اشتراطه إلا على وجه يجوز؛ لأن البيع فيه مقصود ،وما كان على الجارية مما يشبه لباسها فهو للمبتاع في قول مالك، وإن لم يشترطه ولا يكون للبائع نزعه، فإن اشترط البائع نزع ذلك إلا ما تستر به من ثياب خلقه.

وتعقد في بيع سائر الحيوان كما تقدم في الرقيق، وتصف المبيع إن كان فرسًا بلونه، هل هو أحمر أو أشقر، أو أدهم أو أشهب؟، وتصف قده بالعلو والقصر والاعتدال ، وتصف سنه بكونه. جذعًا، أو ثنيا أو رباعيا أو قارحًا، وما كان في

---

(١) «المدونة» (٣ / ٣٠١).

(٢) انظر: «النوادر والزيادات» (٣ / ٢٨٧، ٩٢٨٨) ، و(٦ / ٣٤١).

(٣) سقط من أ، والمثبت من ج.

بدنه أو رجليه من بياض، أو بوجهه ذكرت ذلك كله، وتكمل العقد على ما تقدم في الرقيق.

وبعضهم يزيد في الدابة: أن مقودها بيد المشتري.

قال: وهو الصواب، وفائدته: أنه إذا كان مقود الدابة حين الإشهاد بيد البائع وطلبه المبتاع بالدابة ، وزعم البائع أنه دفعها إليه كان عليه إقامة البينة، وإلا حلف المشتري أنه ما قبضها، ويسترجع ماله بعد أن يحلف البائع أنه دفعها إليه إن طلبه المبتاع بذلك، إذ قد يمكن أن يكون غيبها لرغبته في الدابة، وإنما وجبت اليمين على البائع، وإن كان صرف الثمن واجبًا عليه خوفًا أن يكون غيب الدابة، ومنعها المبتاع، فإن كان مقود الدابة بيد المبتاع وقت الإشهاد فهو لا قيام له فيه على البائع، وهذا خلاف العبد، انظر «الوثائق المجموعة»[1] وفيها: إن كان للدابة إكاف[2] أو سرج، ودخل ذلك في البيع ذكرت ذلك، فإن عري العقد عن ذكره ، واختلفا فإن كان بحضرة البيع تحالفا، وتفاسخا في قول ابن القاسم.

وإن كان في الدابة عيب ذكرته، والحكم في ذلك وفي الرقيق سواء، وبيان العيوب في الدابة مسطور في الأمهات فلا نطول بذكره.

* * *

---

(١) طبع منه جزء، ولكن باسم مستعار وهو: «وثائق المرابطين والموحدين» ونسبه المحقق لعبد الواحد المراكشي، وهذا الاسم خطأ ، وكذا نسبته لعبد الواحد المراكشي خطأ، والسبب في هذا الخطأ اعتماد المحقق على بيانات الفهرسة، وكثيرًا ما يقع مثل هذه الأخطاء في الفهرسة كما هو معلوم.

(٢) الإكاف: البرذعة ونحوها لذوات الحافر، ويقال: وكاف، بالواو أيضًا. ا هـ. «مشارق الأنوار» (١ / ٣٠).

عقود الشفعة(١)

اعلم أن الشفعة تكون باتفاق الشفيع والمشتري عليها، وتكون بعد اختلاف بينهما، فإن كانت باتفاق بينهما، وأحضر المشتري رسم الشراء، تقاررا على قدر الثمن، وتوافقا عليه كتبت أسفله: « استشفع فلان ابن فلان من يد فلان ابن فلان الفلاني جميع الحصة التي ابتاعها من فلان المذكور فوقه من جميع الدار، أو الأرض، أو الحانوت، أو الجنة، أو الحمام، أو غير ذلك من سائر الأصول بمثل الثمن الذي اشتراها به، وقدره كذا، أحضره الشفيع المذكور وصدقه فيه، ودفعه إلى المشتري المذكور، فقبضه منه قبضًا تاما بالمعاينة، وأبرأه من جميع ذلك، فبرأ ، وتملك الشفيع المذكور جميع الحصة تملكًا تاما على السنة، والمرجع بالدرك، ثم تكمل العقد بعقد الإشهاد عليهما معًا إلى آخره.

وإن لم يحضر المشتري رسم التبائع، وكتبت ذلك في رسم غيره كتبت الرسم على ما تقدم، وتحكي في كتبك حكاية التبايع وتاريخه، وقدر الثمن، وتصديق الشفيع فيه، وإقرار المبتاع بالاشتراك، والإشاعة.

وإن كان تاريخ البيع مما ثبتت فيه الشفعة بيمين أو بغير يمين، تُبين ذلك كله، وتكمل العقد إلى آخره.

وإن كان صاحب الشفعة مولى عليه بأب ، أو وصي ، أو مقدم من قاض قيدت ذلك على الناظر، وقلت: استشفع فلان لفلان الذي إلى نظره، وتمضي على ما تقدم وتبين من أين يدفع الثمن، على ما مر في البيوع، وإن انفرد الشفيع بالأخذ وحده ذكرت ذلك، وسكت عن المشتري، وقلت : «استشفع فلان من يد فلان جميع الحصة التي ابتاعها من كذا بما يصح، ويثبت من الثمن استشفاعًا تاما، شهد عليه

(١) قال ابن عرفة: «الشفعة : استحقاق من شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه».ا هـ. «شرح حدود ابن عرفة » (١ / ٣٥٦).

بذلك في كذا»، وإن وقع بينهما اختلاف فلا يخلو أن يكون اختلافهما في انعقاد البيع أو في تاريخه، أو في الثمن وقبضه وتأجيله، أو في الشركة، أو غير ذلك من سائر الوجوه، فلا بد من الرفع إلى الحاكم، فإن قام الشفيع عند القاضي وذكر له دعواه أمره بإحضار المشتري، فإن أنكر الشراء كلف الشفيع إقامة البينة على دعواه، فلو قال المبتاع لا يلزمني الجواب؛ لأني لو أقررت ما وجبت للشفيع شفعة حتى يقر البائع مني، أو يثبت.

فقال ابن لبابة: يلزمه الجواب عما سئل عنه، وقال: لو اجتمع البائع والمشتري لزمهما كشفها مجتمعين، فإذا لزمهما مجتمعين لزمهما مفترقين، فلو أنكراه معًا، أعني: البائع والمبتاع، هل يحلفان على إنكارهما، فإن نكلا حلف الشفيع وأخذ بالشفعة أم لا؟ في ذلك خلاف بين الشيوخ.

أفتي ابن لبابة: بوجوب اليمين.

وأفتى أبو صالح وغيره: أن لا يمين عليها في ذلك، انظر «الثاني لابن سهل»[1].

فلو تصادقا على العقد، واختلفا في مدة الابتياع فقال الشفيع: وقع منذ شهرين، وقال المشتري: منذ عامين، ولم تقم لواحد منهما بينة.

فقال ابن فتحون في «وثائقه»: إن القول في ذلك قول الشفيع مع يمينه؛ لأن الشفعة قد وجبت له بالبيع، والمبتاع مدع تاريخًا يسقط ما يثبت عليه، وإن اختلف في الثمن، فقال المشتري: بعشرة مثلاً، وقال الشفيع: بل بثمانية، ففي ذلك خلاف:

قال ابن فتحون: ينظر فإن كان المبيع مما يكن أن يبدل فيه ذلك الثمن، أو كان المبتاع ملكًا لا يبالي بما زاد على القيمة، أو كانت الزيادة من أجل الجوار أو الحاجة إلى الشقص فلا يمين على المبتاع في ذلك، والشفيع يخير إن شاء أخذ بجميع الثمن،

(١) «الإعلام بنوازل الأحكام» (ص/ ٢٧٤).

أو ترك .

قال: هذا هو الأشهر في المذهب، فتأمل هذا النقل.

ووقع في «المدونة» [(١)] : إذا اختلف الشفيع والمبتاع في الثمن، صدق المبتاع؛ لأنه مدعي عليه، إلا أن يأتي بما لا يشبهه، مما لا يتغابن الناس بمثله فلا يصدق[(٢)] .

فانظر قوله: «صدق المبتاع»، وظاهره: بغير يمين.

قال ابن عبد الغفور: مع يمينه.

وقاله ابن رشد[(٣)]: قال: يريد مع يمينه، وظاهره أيضًا: إذا ادعى الشفيع أنه حضر المبايعة، فعلم أن الثمن أقل مما ادعى المشتري حلف المشتري، وإن كان لا حقيقة عنده لم يلزم المشتري يمين.

قال ابن يونس[(٤)]: وهذا صواب؛ لأن إحلافه من غير تحقيق ضرب من التهمة لا يلزم إلا من يليق به.

وهذا الذي رجح ابن يونس :أنه لا يمين على مدعي التحقيق إذا ادعى الآخر الجهل، قاله في كتاب «الغصب» في مسألة منتهب الصرة.

ومذهب «الكتاب»: أن مدعي العلم يحلف إن كان صاحبه يجهل ذلك.

وقال اللخمي : إذا اختلفا في الثمن، فقال المشتري: مائة، وقال الشفيع، تسعين كان القول قول المشتري مع يمينه، إذا ادعى الشفيع المعرفة يقول: كنت حاضرًا، وأقررت بذلك.

واختلف إذا لم يدع المعرفة، واتهم أن يكون الثمن دون مائة فقيل: لا شيء على

---

(١) «المدونة» (٤ / ٢١٧)، و«التهذيب» (٤ / ١٣٠).

(٢) انظر أيضًا: «النوادر والزيادات» (١١ / ١٩٦) فإنه نقل عن ابن حبيب عن أصبغ أنه لابد من اليمين.

(٣) «البيان والتحصيل» (١٢ / ٦٣).

(٤) الجامع (٧ / ٢٠٣).

المبتاع، وقيل: يحلف، انظر تمام كلامه.

وقال صاحب «المفيد»[١] **حاكيا عن عيسى بن دينار:** إن لم يكن إلا قول المشتري: اشتريت بمائة ، فلابد من اليمين، كان الذي قاله يشبه أن يكون ثمن الشقص أو لا يشبه، وإن كان ذلك بينة تشهد على الثمن، وأراد الشفيع أن يحلفه أنه بذلك وقع البيع ولم يزيدا في الثمن في العلانية لأجل الشفعة.

قال في الجواب: لا أرى أن يحلف إلا أن يأتي بسرف من الثمن لا يشبه أن يكون ثمنًا لهذا الشقص.

وقال ابن عبد السلام: واختلف عند عدم البينة هل تقبل شهادة البائع؟.

قال ابن المواز: لا يقبل قوله، ولو كان عدلاً.

وقال ابن رشد[٢]**:** لا يمتنع عندي أن يكون شاهدًا يحلف معه، إذا كان لا يتهم في شهادته، فلو اختلفا في الشركة ، كأن ينكر المشتري شركة الشفيع، فعلى الشفيع إقامة البينة بالشركة. انتهى.

ولنرجع إلى ألفاظ الرسم.

فقولنا: « الدار أو الأرض أو الحانوت... إلى آخره ».

لأن الشفعة إنما تجب في الأصول وما يتعلق بها من الثمار والأنقاض دون العروض، والرقيق، وسائر الحيوان، واختلف في الديون ، هل فيها شفعة أم لا؟

وقولنا: أن التبائع انعقد منذ كذا.

ليعلم منه أمد ما تنقطع فيه الشفعة، واختلف في ذلك اختلاف كثير، والذي عليه العمل أن الشفعة للحاضر العالم المالك أمر نفسه تنقطع بمضي العام، وقيل: العام والزيادة اليسيرة كالشهر والشهرين، وقيل: السنتان والثلاث، وقيل: الخمس

---

(١) «المفيد للحكام» (١ / ٣١٣، ٣١٤).

(٢) «البيان والتحصيل» (١٢ / ٣٧).

سنين يسيرة لا تنقطع فيها، وقيل: لا حد لها، وهذا كله ما لم يوقف المبتاع الشفيع، فيأخذ أو يترك، وما لم يظهر من الشفيع ما يدل على تركها، كأن يتقاسم ما فيه الشفعة فتسقط الشفعة، ولا خلاف في هذا، ولا فيما إذا صرح بتركها.

الثالث: أن يمضي من طول الأمد ما أنه معرض عنها.

الرابع: ما يحدثه المشتري من هدم أو بناء أو غرس.

والخامس: خروجه من اليد بالبيع، والصدقة .

والسادس: ما يكون من الشفيع من مساومة أو مساقات أو كراء.

والسابع: إذا باع النصيب الذي به يستشفع وقد اختلف في هذه الخمسة، انظر اللخمي فإنه نظر هذه السبعة، وانظر الوجه الخامس وهو خروجه من اليد، فإنه مشكل كون الشفعة تسقط، بخروج الشقص من يد المشتري بالبيع، فتأمله.

فإن لم يكن شيء من ذلك، وقام بعد مضي العام، فذهب المبتاع إلى تحليف الشفيع على أن سكوته من تاريخ الابتياع إلى حين قيامه، لم يكن ذلك تركًا منه لشفعته، فهل تجب عليه في ذلك يمين أم لا؟.

فقال ابن القاسم في «العتبية»[١] : إن الشهرين لا تجب عليه فيهما يمين.

ومثله في «كتاب محمد»، قال عنه[٢]: ويحلف بعد سبعة أشهر، أو خمسة.

وروى ابن القاسم عن مالك[٣]: أنه يحلف في التسعة .

قال ابن العطار: وظاهر «المدونة»: أنه لا يحلف فلو انقضى أمد ما تسقط فيه الشفعة، وادعى أنه لم يعلم بالبيع.

---

(١) «البيان والتحصيل» (١٢ / ٥٨).

(٢) انظر: «النوادر والزيادات» (١١ / ١٨٦).

(٣) انظر: «البيان والتحصيل» (١٢ / ٥٨).

فقال ابن المواز وابن عبد الحكم[١]: هو مصدق في قوله: لم أعلم بالابتياع، ولو بعد أربع سنين، ولا يصدق فيما زاد، وأما الغائب والصغير الذي لا ولي له، والسفيه الذي مات وليه، فلا تسقط شفعة هؤلاء إلا بعد عام من قدوم الغائب وبلوغ الصغير، وترشيد السفيه ، وأما المريض فله حكم الصحيح، وقيل: حكمه حكم الغائب .

وقولنا أيضًا: في حكاية التبايع.

صواب؛ ليتبين هل هذا بيع صحيح أو فاسد، إذ لا تجب الشفعة، إلا في بيع صحيح العقد دون شرط ثنيا ، ودون خيار، فإن البيع الفاسد لا شفعة فيه، إلا أن يفوت، فتكون فيه الشفعة بقيمته.

قال اللخمي: إن كان قائمًا بيد المشتري لم يتغير بشيء، والشراء فاسد بنقض البيع فيه، ولم يستشفع ، فإن فات بهدم أو بناء كانت فيه الشفعة بالقيمة، ويؤمر ألا يستشفع إلا بعد المعرفة بقيمة التنقص، والقيمة البناء.

واختلف إذا فات بحوالة أسواق ، فقال مالك وابن القاسم: ليس ذلك فوتًا.

وقال أشهب: ذلك فوت، ولو أخذ الشفيع بالشفعة، فلم يفسخ حتى فات.

فحكى ابن يونس[٢] **عن ابن المواز:** إذا لم يفسخ بيع الشفعة حتى فات بيد الشفيع بما يفوت به الربع، فيرجع البائع على المشتري بقيمته يوم قبضه، ولزم الشفيع ما لزم المشتري من تلك القيمة إلا أن يكون أكثر مما أخذ به الشفيع فالشفيع مخير إن شاء رد الشفعة، وإن شاء تمسك بها بتلك القيمة ما بلغت، وكذلك في بيع الخيار كان الخيار لهما أو لأحدهما ، أو لأجنبي حتى يتم ، إذ لا شفعة للشفيع إلا بعد تمام البيع، وقطع الاختيار، فإن الشقص إذا بيع على خيار وانقطع الخيار ، ذكرت ذلك في النص وأما الشقص إذا كانت طوعًا فلا يضر ذلك الشفيع، وله الأخذ بالشفعة، وإن كان شرطًا في البيع، فالبيع فاسد، وحكمه ما تقدم.

---

(١) انظر: «النوادر والزيادات» (١١ / ١٨٦)، و«البيان والتحصيل» (١٢ / ٥٩).
(٢) «الجامع» (٧ / ٢٠٤).

و قولنا في النص: «وصدقه الشفيع في الثمن».

صواب؛ لأجل الاختلاف المذكور.

وقولنا في النص: « بمثل الثمن» .

هذا إذا كان الثمن عينًا دنانير أو دراهم، أو ما يقضى فيه بالمثل، فإن كان عرضا من العروض أو حيوانًا رقيقًا أو غيره، فالشفعة بقيمته، أعني: بقيمة العرض - فيقوم العرض بالثمن، ثم يخير الشفيع بعد معرفة القيمة في الأخذ والترك، هذا إذا كان الثمن عرضًا، أو عبدًا بعينه، فالشفعة بقيمته يوم البيع، فإن كان موصوفًا في الذمة حالاً، فالشفعة بمثله .

الثالث: أن يكون صداقًا، ففيه قولان، فقيل: يستشفع بقيمة الشقص، وقيل: بصداق المثل.

الرابع: أن يكون أخذ عن خلع، أو صلح عن دم، فالشفعة بقيمته يوم البيع.

الخامس: أن يكون صلحًا عن دعوى في دار أو عبد، والمدعى عليه ينكر، فقيل: فيه الشفعة بقيمة المدعى فيه ، وقيل: لا شفعة فيه.

السادس: أن يكون ذلك التنقص عوضا عن هبة الثواب، فإنه يستشفع إن كانت الهبة قائمة بقيمته، واختلف إذا كانت فائتة:

فقال ابن القاسم: بقيمته.

وقال أشهب وعبد الملك(١): بالأقل من قيمة الهبة أو قيمة الثواب.

السابع: أن يكون الثمن جزافًا، فإن اشترى بحلي جزافًا، فإن الشفيع يستشفع بقيمته فإن كان ذهبًا قوم بالفضة، أو فضة قوم بالذهب ، والقيمة في ذلك يوم الشراء لا يوم الأخذ.

---

(١) انظر: «النوادر والزيادات» (١١ / ١٦٨).

الثامن: أن يكون في ماله مثل، فيقوم ذلك المثل، فيرجع فيه إلى القيمة انتهى.

فلو وقع البيع بعين ثم دفع عرضًا أو وقع بعرض ثم دفع عينًا، ففي ذلك قولان: فقيل: يأخذ بما نقد، ورواه محمد بن عبد الحكم.

وقال محمد: أحب إليَّ ألا يأخذ إلا بما وقع عليه العقد.

قال سحنون(١): إذا أخذ عرضًا عن دنانير أخذه الشفيع بقيمة العرض.

قال ابن عبد عبدوس(٢): **وقال غيره:** يأخذه بالأقل، وأما إن دفع دنانير عن دراهم، أو دراهم عن دنانير، فإنما يأخذ بما دفع، قاله محمد بن عبد الحكم.

ولو كان الثمن عرضًا ففات واختلف في قيمته فالقول قول المبتاع، إذا أتى بما يشبه.

قال سحنون: فإن أتى بما لا يشبه ، فالقول قول الشفيع إذا أتى بما يشبه.

قال سحنون: فإن أتيا بما لا يشبه أخذ بقيمته يوم وقعت الصفقة.

وقولنا: في الثمن أحضره الشفيع.

هذا إذا كان الثمن نقدًا، فإن كان مؤجلاً لم يحل، فإن الشفيع يأخذ به إلى ذلك الأجل إن كان ثقة مليا، هذا مذهب مالك، فإن كان الشفيع معدمًا لم يكن له أن يأخذ بالشفعة إلا أن يأتي بحميل ثقة سواء كان المبتاع مليا أو معدمًا، قاله محمد بن المواز.

وإن تأخر قيام الشفيع حتى حل الأجل فإن كان قبل تمام السنة، فله الشفعة إلى انقضائها من يوم البيع، وإن كان قيامه بعد انقضاء السنة فلا شفعة له، وإن كان أجل الدين لم يحل ، قاله محمد بن المواز، فإذا قام في وقت تجب له فيه الشفعة، فهل يكون للشفيع الأخذ إلى مثل الأجل ، أو بالنقد في ذلك قولان:

---

(١) انظر: «النوادر والزيادات» (١١ / ١٦٨).

(٢) انظر: «النوادر والزيادات» (١١ / ١٦٨).

أحدهما: أنه من التأخير إلى مثل ذلك الأجل إن كان ثقة، أو أتى بحميل ثقة، قاله ابن الماجشون.

والثاني: أنه ليس له الأخذ بعد محل الأجل إلا بالنقد، قاله أصبغ.

قال ابن حبيب: وبالأول القضاء، وهو قول مالك.

فإن كان الشفعاء جماعة، فالشفعة بينهم على قدر أنصبائهم، لا على عددهم فإن سلمها بعضهم نظر، فإن كان قصده ترك [ ][1] لا غير، فلا خلاف أن للباقين أخذ الجميع بالشفعة، ولا يكون لهم أخذ أنصبائهم خاصة إلا أن يشاء المبتاع، وإن كان قصده بتسليمه صلة للمبتاع ففيها قولان:

أحدهما: مثل ما تقدم، قاله مالك وجمهور أصحابه.

والثاني: أن المبتاع قد استحق نصيب المسلم فلا يكون للباقين إلا أخذ أنصبائهم لا غير، قاله أصبغ.

وقولنا: في استشفاع الأب أو الوصي لمن إلى نظرهما.

لأنهما ينوبان عنه في الأخذ أو الترك، فإن سلما فلا، إشكال وإن أخذا فلا إشكال أيضًا، ويلزمهما اليمين إن قاما بعد أشهر بعد البيع على ما تقدم فإن غفل الأب أو الوصي عن الأخذ بالشفعة حتى انقضى العام سقطت الشفعة، رواه ابن القاسم عن مالك، وعليه العمل عند أصحاب الوثائق.

واختلف قول أشهب في سكوت الوصي مدة تنقطع في مثلها الشفعة.

وأما سكوت الأب، فالجواب في «المدونة»: أن سكوته قاطع للشفعة.

وحكى أبو محمد في «المختصر» عن سحنون: أنه قال: وقد قيل غير هذا، وهذا أحسن.

وحكى أبو زمنين في «المقرب»: في سكوت الوصي قولين.

قال بعض الشيوخ: ومقدم القاضي أحرى أن يدخله القولان.

---

(١) بياض بالأصل.

وحكى يونس[١] **عن ابن المواز**: أن سكوته يقطع الشفعة.

قال حمديس: الذي يأتي على أصله أن يكون سكوت الوصي لا يقطع الشفعة، فعلى هذا يأتي في الأب قولان، والأرجح منهما بسقوط الشفعة.

وفي الوصي قولان متكافئان، وفي مقدم القاضي قولان، الأرجح عدم السقوط.

وقولنا: في انفراد الشفيع بالإشهاد.

على هذا جرى عمل أصحاب الوثائق، وأظنهم ذهبوا إلى أن الأخذ يجوز قبل معرفة الثمن.

وقد وقع في «المدونة»[٢]: إذا قال الشفيع بعد الشراء: اشهدوا أني قد أخذت بشفعتي، ثم رجع، فإن علم بالثمن قبل الأخذ لزمه، وإن لم يعلم فله أن يرجع، فتأمل قوله: وإن لم يعلم رجع، هل لأن ذلك العقد فاسد؟ إذا لم يعلم بما يأخذ في هذا بعد وأنه لا يقال في مثل هذا. له أن يترك، وإنما يقال: يجب عليه أن يترك، انظر عليها.

ومن مسألة «المدونة» أخذ اللخمي أن الأخذ بالشفعة قبل معرفة الثمن جائز خلافًا لما حكاه عبد الحق.

وحكى اللخمي في ذلك قولين انظرهما.

فإذا قلنا بالجواز أو بعد علم الشفيع بالثمن، وأشهد بالأخذ على ما تقدم نصه في انفراد الشفيع بالأخذ، ولم يعلم بذلك المشتري، وتأخر قيامه عليه حتى مضى من الأمد ما تنقضي فيه الشفعة لم ينفعه الإشهاد، ولو علم بذلك المشتري وترك القيام عليه، فحق الشفيع قائم، وإن طال الأمد، انظر ابن يونس.

وقال ابن العطار: إذا أراد الشفيع الأخذ بالشفعة، واستنظره المشتري بجميع المال

---

(١) «الجامع» (٧ / ٢٣٨).

(٢) «المدونة» (٤ / ٢٣١)، و«التهذيب» (٤ / ١٣٥).

إلى أجل ثلاثة أيام، فإن جاء بالمال وإلا قضى عليه ببطلان الشفعة ، فتأمل كلام ابن العطار، فإن الشيوخ عارضوا كلامه بما وقع في «المدونة».

والذي وقع في «المدونة»[١] : إن علم الثمن قبل الأخذ يلزمه، وزاد في «الأم»، ويباع عليه في ذلك ماله.

قالوا : هذا خلاف لما قاله ابن العطار :إنه لم يأت بالثمن عند الأجل، قضى عليه ببطلان الشفعة.

وفي قولهم نظر، فإن ابن العطار لم يقل: أخذه، وإنما قال: أراد الأخذ، وليس من أراد الأخذ كمن أخذ.

قال القاضي أبو الوليد ابن رشد: إن هذا على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يقول: أخذت ، ويقول المشتري :سلمت، فهذا يباع عليه ماله ولا نزاع.

والثاني: أن يقول: أخذت، وسكت المشتري، فيؤجله الإمام في الثمن، فهذا إن طلب المشتري أن يباع في الثمن كان ذلك له، وإن أراد أن يأخذ الشقص كان ذلك له، ولا خيار للشفيع، وهذا الوجه هو الذي تكلم عليه في «المدونة» .

الثالث: أن يقول الشفيع: أنا آخذ، ولا يقول: قد أخذت، يؤجله الإمام في إحضار الثمن، فلا يأتي به إلى الأجل، فمن هذا الوجه يختلف فيه، فقيل: يرجع الشقص إلى المشتري إلا أن يتفقا جميعًا على إمضائه للشفيع، وقيل: إنه إن أراد المشتري أن يلزم الشفيع الأخذ كان ذلك له، ويباع ماله في الثمن، وإن أراد الشفيع أن يرد الشقص لمن يكن ذلك له، وهو قول ابن القاسم في رواية يحيى ، وقول أشهب، انظر سماع يحيى من «العتبية»[٢].

---

(١) «المدونة» (٤ / ٢٣١).

(٢) «البيان والتحصيل» (١٢ / ٨٥).

ولو قال الشفيع: أنا آخذ بالشفعة، ولم يحضر نقده تلوم له في ذلك اليومين والثلاثة.

واختلف في إذا طلب عند الإيقاف ، أن يؤخر يستؤنى في ذلك اليومين والثلاثة، فهل يكون له ذلك أم لا؟، في ذلك قولان، انتهى.

ولو كان الشفيع حين وقف على الشراء سلم الشفعة، عقدت في ذلك: « أشهد فلان ابن فلان الفلاني على نفسه أنه سلم لفلان ابن فلان الفلاني في الشفعة الواجبة له عليه في الحصة التي مبلغها كذا ،التي ابتاعها من فلان في جميع كذا بعد علمه بوجوب البيع، وصحته، وقدر الثمن، وعرف قدر ذلك، شهد به عليه في الصحة والجواز والطوع، ثم تؤرخ».

وقولنا: «الحصة التي مبلغها كذا».

صواب، وهو قطع للشغب بينهما، إذا قال للشفيع: لم أعلم قدر الحصة أنها نصف أو ربع، وقال: إنما علمت أنها دون ذلك، فإذا عين الحصة ارتفع النزاع، وإذا ظهر أنه ابتاع أكثر منها، فله الشفعة، فإن قيل له: ابتاع فلان نصف حصة شريكك ، فسلم ثم ظهر أنه ابتاع جميع النصيب، فله القيام بشفعته، لأنه يقول: لم يكن في غرضي أني آخذ النصف، لأن الشركة قائمة.

وقال ابن المواز: يلزم إسلام النصف ويأخذ النصف الآخر بالشفعة.

وقولنا: بعد علمه بوجوب البيع، وصحته.

صواب أيضًا؛ لئلا يدعي التسليم وقع فيه قبل وجوب البيع، لأن التسليم إن وقع قبل وجوب البيع كأن يقول الشفيع للمبتاع قبل الشراء: فقد سلمت لك الشفعة فإن له القيام بها بعد الشراء؛ لأنه مسلم فيما لم يجب له.

قال أبو عمران: وكذلك إذا قال: إذا وجبت لي الشفعة، فقد سلمتها لك، ولا يلزمه شيء.

قال اللخمي: ويجري فيها قول آخر: أنه لا شفعة له قياسًا على من قال: إن اشتريت عبد فلان فهو حر، وإن تزوجت فلانة فهي طالق، انظر اللخمي.

ولعل الفرق بين المسألتين أن الطلاق والعتق من حق الله تعالى بخلاف الشفعة.

وقولنا: «وقدر الثمن».

صواب أيضًا؛ لئلا يدعي جهله بالثمن، فـإن قام الشفيع بعد التسليم، وأثبت أن الثمن كـان أقل مما ذكره المتبائعـان، فإنه يحلف أن تسلمه لم يكن إلا لكثـرة الثمن، وتكون له الشفعة، وقيل: لا يمين عليه لظهور السبب، حكاه محمد عن أشهب.

وقد وقع في «المدونة»[1]: إذا سلم الشفيع بعد البيع، فلا قيام له.

زاد ابن يونس في نقله: علم الثـمن أو جـهله، إلا أن يأتي من ذلك [بما لا][2] يكون ثمنًا لمثله ، فلا يلزمه تسليمه.

قال بعض الشيوخ: هذا مما ينظر فيه، فيحتمل ما قاله، ويحتمل أن يقال: تسليم الشفيع قبل سؤاله عن الثمن دليل على إرادته الإسقاط على كل حال.

وقولنا: «سلم لفلان».

ذكر المشتري واجب وفائدته: إن سلم لفـلان ، ثم ظهر أنه ابتاع مع فلان آخر، فله القيام، وأخذ حصته ، ولا يلزمه تسليم للواحد.

قال ابن المواز: لأنه يقول: إني أخـذت من حصة من لم أسلم له فـقط، تبعض الشقص عليَّ، ويقول: إنما رضـيت شركة هذا لحسن حاله وأمانتـه،ولم أرض بشركة الآخر، إذ لا أعلم حاله، أو لأنه شرير.

وقال أشـهب: يلزمـه التسليم للذي سـلم له، ويأخذ حـصة الآخـر، ثم تكون الحصة التي سلـمها أولاً بين المشتريين؛ لأنهـما اشتركا فـي شرائهما صفـقة واحدة، فتأمل قول أشهب على ما عللنا به أولاً.

وإذا سلم بعد الشـراء على ماله أخذه منه، وإن كان قـبل الشراء بطل، ورد المال وكان على شفعته، لأنه لا يدري هل يبيع ذلك أم لا؟.

---

(١) «التهذيب» (٤ / ١٣٥).

(٢) في أ: مالاً.

عقود القسمة(١)

اعلم أن الحكم في قسمة ما ينقسم إذا دعى إلى ذلك أحد الشركاء واجب، وبيع ما لا ينقسم، وقسم ثمنه بينهم، إذا دعى إلى ذلك بعضهم لازم، لا خلاف بين أهل العلم في هذه الجملة، والقسمة تكون في شيئين:

أحدهما: رقاب الأموال.

والثاني: منافعها.

فأما رقاب الأموال، وهو المقصود هنا فإنما تكون على ثلاثة أوجه:

قسمة قرعة بعد تقويم وتعديل.

وقسمة مراضاة دون تقويم ولا تعديل.

وقسمة مراضاة بعد التقويم والتعديل، ولكل منها حكم يخصه، ويمتاز به من غيره.

فأما قسمة المراضاة بغير تقويم ولا تعديل، فتكتب في ذلك: « كان على ملك فلان ابن فلان الفلاني، وفلان ابن فلان الفلاني جميع الأرض البيضاء، أو جميع الدار، أو جميع الدور، أو جميع الأملاك المشتملة على كذا»، ثم تذكر جميع ذلك وتفسره موضعًا موضعًا، وتذكر حدوده، وما يتميز به عن غيره، ثم تقول: « بشركة السواء والاعتدال، أو أرباعًا الربع لفلان والثلاثة الأرباع لفلان، أو أثلاثًا، أو أخماسًا»، تصف الشركة التي بينهما، وتعين ما لكل واحد منهما، وإن كان الورثة جماعة ذكرتهم، وفسرت الشركة، وإن كانوا ورثة، قلت: «كان على ملك فلان ابن فلان الفلاني جميع الأملاك التي بموضع كذا، أو جميع الدار، أو جميع الدور، أو

(١) قال ابن عرفة: «القسمة: تصيير مشاع من مملوك مالكين معينًا ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو تراض». اهـ . «شرح حدود ابن عرفة» (١ / ٣٧٢، ٣٧٣).

جميع الجنة، واستمر ملكه على ذلـك إلى أن توفي، فأحاط بميراثه زوجه فلانة وبنوه منها فلان وفلان وفلان ، تذكر الورثة من كانوا ».

ثم تقول: «لا وارث له سواهم في علم من علمه»، ثم تقول بإثر هذا وإثر الذي قبله سـواء، « فحـضر الآن فـلان وفلان وفلانة ، وذهبـوا إلى عقـد مخـارجة، أو مـقاسـمة، الحكم في ذلك سـواء في الأملاك المذكـورة، أو في الأرض أو في الدار المذكورة على الوجه الذي يذكر، وذلك بأن خرج فلان بجميع الكذا وخرج عن سائر ذلك، وخرج فلان بجـميع الكذا وخرج عن سائر ذلك، وخرج فـلان بجميع الكذا وخرج عن سائر ذلك»، وإن كـانت أرضًا قلت: «خرج فلان بجميع القطعـة الغربية وحَدُّها كذا» تصف ذلك وصفًا بينًا يرفع الإشكال والنزاع، «وخرج عن سائر الأرض المذكورة، وخرج فلان المذكور بجميع القطعة الشرقية»، وتصف ذلك أيضًا كما تقدم.

وإن كان المقسوم دارًا، قلت: « خـرج فلان بجميع الجهة الغربيـة، وبها بيتان أو بيت واحد أو ثلاثة» تصف ما اشتملت عليه هذه القطعة: « وخرج فلان بسائر الدار المذكورة» وتـصف أيضًا ما خـرج به وصفًـا بينًا كمـا تقدم، ثم تقـول: « مخـارجه صحيحة تامة مبتولة دون شرط، ولا ثنيا ولاخيار».

وإن كان زاد أحدهمـا صاحبه زيادة ذكرتها وقلت: «على أن زاد فـلان فلانًا كذا أحضر ذلك فلان، ودفعه إلى فلان، فقبضه منه فلان المذكور قبضًا تاما كما يجب».

ثم تقول: «وتملك كل واحد منهما ما صار له بهـذه المخارجة تملكًا تاما صحيحًا على السنة في ذلك، والمرجع بالدرك، وكل واحد منهما عالم بما صار له، وبما خرج عنه، ولم يخف عليـه شيء من أحوال ذلك ولا جهله، فـرضي به رضا تاما، كـما يجب» .

وإن كان في شيء من ذلك عيوب ، فسرتها وذكرتها على ما تقدم في البيوع.

ثم تكمل العقد بالإشهـاد على جميعهم وتؤرخ، وإن كان فيهم صغـير أو سفيه وعقد عليه أبوه أو وصـيه، أو مقدم من قاض ذكرت ذلك، وقلت: «عـقد بها فلان

عن نفسه، وعقد فلان عن ولده الصغير أو ولده السفيه، أو على محجوره فلان الذي إلى نظره بتقديم أو إيصاء، ثم تكمل العقد على ما تقدم».

ثم تقول بعد تمام المخارجة، وتمييز ما خرج به كل واحد منهما: « أمضى ذلك فلان على نفسه كما أمضاه فلان على محجوره أو ولده لما ظهر له في ذلك من الصلاح والسداد » وإن ضمن الشهود السداد في ذلك كان أحوط، وإن ثبت ذلك عند القاضي كان أتم وأكمل ، وإن سقط ذلك من العقد لم يضره، وكان فعل الأب أو الوصي أو المقدم محمولاً على السداد كما تقدم.

وإن كانت القسمة وقعت بينهما بعد تقويم وتعديل دون قرعة فإنك تبتدئ العقد على ما تقدم من تقرير الشركة بين المتقاسمين، أو تقرير الملك للمتوفي، ثم حكاية الموت والوراثة على ما مضى ، وتصف الأملاك على ما تقدم ثم تقول: « قومت جميع الأملاك المذكورة بكذا منها كذا عن قيمة كذا، ومنها كذا عن قيمة كذا، ومنها كذا عن قيمة كذا».

وإن كانت أرضًا قلت: «اقتسموا الأرض المذكورة أرباعًا أو أنصافًا أو أثلاثًا»، القسمة الأولى إلى جهة الشرق وحَدُّها كذا، والقسمة الثانية بجهة الغرب وحَدُّها كذا، والقسمة الثالثة بجهة الجوف أو لجهة القبلة، وحَدُّها كذا، قومت الأولى بكذا، والثانية بكذا ، والثالثة بكذا، والرابعة بكذا، فقسمت القيم المذكورة بين الشركاء أو الورثة المذكورين فوجب منها لفلان كذا، ووجب منها لفلان كذا، ولفلان كذا، فحضر الآن الشركاء المذكورون أو الورثة المذكورون».

وإن كان فيهم رشيد مالك أمر نفسه، ذكرت ذلك، ونبهت عليه، وإن كان فيهم مولى عليه ذكرت وصيه أو أباه، أو مقدمه ثم تقول: «وذهبوا إلى عقد مخارجه، في المواضع المذكورة على الوجه الذي يذكر بعد، وذلك بأن خرج فلان بكذا بقيمته المذكورة، وهي كذا وخرج عن سائر ذلك، وخرج فلان بكذا بقيمته المذكورة، وهي كذا، وخرج عن سائر ذلك».

ثم تكمل العقد على ما تقدم إلى قوله: «مخارجة صحيحة دون شرط ولا ثنيا ولا خيار».

فإن فضل لأحدهما على الآخر شيء أو درك عليه ذكرت ذلك ثم تقول: «واعمل بينهم حساب على قيمة ما خرج به كل واحد منهم، وقيمة ما خرج عنه، فابرز ذلك الحساب إن أدرك على فلان كذا، وبقي لفلان كذا».

وإن كان ذلك سواء، استغنيت عن هذا الفصل، ونبهت عليه لذكر المخارجة.

فتقول: وخرج فلان بكذا بقيمته المذكورة وهو مبلغ ما وجب له من القيم المذكورة»، وتكمل العقد إلى آخره على ما تقدم.

وإن كانت القسمة وقعت بينهما أو بينهم بالقرعة بعد تقويم وتعديل، افتتحت العقد على ما تقدم قبل إلى أن تفرغ من ذكرك الأملاك أو الأرض وتفسير قيمتها، وتفسير ما وجب لكل واحد منهم، ثم تقول: فحضر فلان وفلان ومن ناب أيضًا عن نفسه ذكرته، ومنناب عن غيره ذكرته، ثم تقول: «وذهبوا إلى عقد مقاسمة اقتراع، أو استهام بعد التقويم والتعديل كما وصف، وذلك بأن صيروا الأملاك المذكورة أقسامًا، أرباعًا إن كانت الشركة بينهم أربعًا، أو أثلاثًا إن كان بينهم ذلك أثلاثًا، أو نصفين إن كان ذلك أنصافا أو أخماسًا، أو أثمانًا»، وتذكر كل قسم بحده وصفته، «ثم اقترعوا فخرج سهم فلان في كذا، وخرج سهم فلان في كذا»، تذكر حدودها إن كانت أرضًا على ما تقدم ثم تقول: «فخرج كل واحد منهم بما أخرجه له السهم، ورضي به، وخرج عما سواه»، ثم تقول: «مقاسمة صحيحة دون شرط [ولا ثنيا][1] ولا خيار»، ثم تكمل العقد على ما مضى إلى آخره وليس في هذا تراجع.

بيان ما تقدم من حكم القسمة.

فأما قسمة القرعة بعد التقويم والتعديل فهي القسمة التي يوجبها الحكم، ويجبر عليها من أباها فيما ينقسم، ولا تصح إلا فيما تماثل وتجانس من الأصول والحيوان

---

(١) سقط من أ.

والعروض، ولا يجمع فيها حظ اثنين في القسم على المشهور، ويجب القيام فيها بالغبن إذا ثبت.

وأما قسمة المراضاة بعد التقويم والتعديل فتصح في الجنس الواحد والأجناس المختلفة وفي المكيل والموزون، إلا فيما كان صنفًا واحدًا مدخرًا، لا يجوز فيه التفاضل، ومتى ظهر فيها غبن كان للمغبون الرجوع.

وأما قسمة المراضاة دون تقويم ولا تعديل فلا يجبر عليها من أباها، وتجوز فيما اتفقت أجناسه، وفيما اختلفت كالقسم الثاني الذي قبله، إلا أنه لا قيام فيها بالغبن، لأنه لم يأخذ ما أخذ عن قيمة مقدرة، وإنما أخذ بعينه على أن خرج عما سواه، ولا يختلف فيها أنها بيع من البيوع ، واختلف في القسمين المتقدمين ، هل هي تمييز حق أو بيع من البيوع؟.

فنص مالك في «المدونة»(١): أنها بيع.

وذهب سحنون: إلى أنها تمييز حق.

وقولنا في النص: إذا كان الشيء المقتسم دارًا فلابد ، أن تذكر فيه حكم المدخل والمخرج ، والسترة، والمجرى.

هذا هو الصواب، وإن سكتوا عنه في القسمة وأغفل الموثق ذكره، ولم يبينه، ووقع المدخل والمخرج في نصيب أحدهم ومنع صاحبه منه ، فوقع في ذلك خلاف.

فقال ابن القاسم: تصح القسمة ، ويشتركون في المدخل والمخرج، وفي صب المياه إلى المجرى القديمة، وتكون رقبة ذلك للذي صار في حظه .

وقال ابن حبيب: يفسخ القسم حتى يبينوا ذلك.

وقال عيسى : إن كان لصاحب النصيب الذي لا باب له ولا مخرج حيث يفتح بابه، ويجري ماءه ، أقرت القسمة على حالها، وإلا فسخت.

---

(١) «المدونة» (٤ / ٢٦٥) و(٤ / ٢٧١)، و«التهذيب» (٤ / ١٨٦).

وأما الســترة فإن سكتوا عنهــا، ثم دعى إلى ذلك أحدهم وأبى الآخر لم يجــبر عليها الآبي، وقيل للآخر: استر على نفسك في حظك إن شئت.

وقولنا إن كان الشيء المقتسم دارًا : إنك تذكر ما صار في كل قسم من البيوت، وتسكت عن الساحة .

إنما ذلك لأجل مــا وقع في المســألة بين الشــيوخ من الاضطــراب فقــد وقع في «المدونة»[١]: إن اقتسما دارًا مذرعة بالسهم، فإن كانت الدار كلها سواء جاز.

قالوا: يعني: بغير تقويم إذ لو كــانت بالتقويم لما فصل، ثم انظر هل تطلق الدار على العرصة أو على الدار حقيقة، فإذا كانت عــلى الدار حقيقة، فكيف يصح قسمها مذرعة ؟فتأمل ذلك.

ثم قال في «الكتاب»[٢]: ولا بأس أن يقتسما البناء بالقيمة والساحة بالذراع إذا تساوت الساحة في القيمة والذراع ،وإن كــانت متفاضلة لم يجز، انظر هذا أيضًا، فيه نظر، فإنه يدل على جمع المكيل مما أصله أن يباع جزافًا مع الجزاف مما أصله أن يباع جزافًا إلا أن يقــال: غلب هنا حكم القسمة إنها تمييز حق بخــلاف البيع فتأمله أيضًا.

ثم قال: إذا تداعوا ، أي: طلبوا قسم البناء والساحة معًا وكان يصير لكل واحد من الساحة في حصته ما ينتفع به في مدخل ومخرج ومربط دابة، قسمت الساحة مع البناء ، وإن كان يصير لأحدهما ما ينتفع به من ذلك ولا ينتفع به صاحبه ، أو ينتفع به في بعض المنافع المذكورة دون بعض، قسم البناء وتركت الساحة لانتفاعهم، فتأمل مسائل «الكتاب» تدل على جميع قسم الساحة مع البيوت.

وقال القاضي أبو الوليد ابن رشد: الذي جرى به العمل عندنا: أن الدار لا تقسم

---

(١) «التهذيب» (٤ / ٢٢٠).
(٢) «التهذيب» (٤ / ٢٢٠، ٢٢١).

حتى يصير لكل واحد من الشركاء ما ينتفع به ويستتر به عن صاحبه، فعلى هذا اعتمد الشيوخ.

ثم قال ابن رشد: وقد قيل: إن الساحة لا تنقسم بين الورثة، وإن صار في نصيب كل واحد ما ينتفع به، وإنما تقسم البيوت خاصة، وهو قول مطرف.

فلأجل هذا الخلاف سكتنا عن قسم الساحة، فعلى القول بجواز قسم الساحة مع البيوت لا إشكال، وعلى المنع ، وبقاء الساحة بينهم يكون للأقل نصيبًا من النفع بالساحة ما للأكثر نصيبًا، سكن معهم أو لم يسكن، هذا قوله في «المدونة».

وأنكر هذا سحنون، وقال: إنما يكون للأقل نصيبًا على قدر نصيبه، وقد يحتمل أن يكون هذا مراد ابن القاسم، والله أعلم.

وإنما سَوَّى بينهما في مطلق الانتفاع، ثم هما في ذلك متفاضلان.

وحكى اللخمي عن محمد: أن الانتفاع على عدد البيوت، ولم يراع إن كان أحدهما كبيرًا والآخر صغيرًا.

وأغفلنا أيضًا في النص ذكر السطوح ، إذا كانت الدار ذات بيوت وساحة ولها غرف وسطوح بين يديها، فقسموا البناء على القيمة، وأبقوا الساحة، فالسطح يُقَوَّم مع البناء، وتُقَوَّم الغرف بما بين يديها من المرافق ـ يعني: من المباح الذي بين يده الغرف ـ وأما خشب المباح، فيقَوَّم مع الأسفل، ولصاحب الغرف أن يترفق بساحة الأسفل كارتفاق صاحب الأسفل، ولا مرفق لصاحب السفلي في سطح الأعلى إذ ليس من الأفنية، والصواب ذكر ذلك في الوثيقة؛ ليرتفع النزاع بين المتقاسمين .

وقولنا في قسم القرعة: «إن كان الشيء المقتسم دورًا» .

جمعت في القسم، إن كانت الدور في النفاق والرغبة في مواضعها ، والتشاح فيها سواء، وكان بعضها قريبًا من بعض، هذا مذهب ابن القاسم، إن جمع الدور والأرضيين في القسم يجوز بشرطين:

أحدهما: التقارب في الأماكن.

والثاني: التساوي في النفاق.

وعند أشهب بشرط واحد وهو التقارب.

وأخذ سحنون بقول ابن القاسم في الدور وبقول أشهب في الأرضيين، فالحاصل ثلاثة أقوال.

وقولنا في قسم القرعة «ولا يكون في ذلك تراجع» .

وهو معنى قول أبي محمد في «رسالته»[١]: ولا يؤدي أحد الشركاء ثمنًا، وإن كان في ذلك تراجعًا لم يجز القسم إلا بتراض .

وقال اللخمي: إن اختلفت قيمة الدارين فكان بينهما يسير مثل أن تكون قيمة أحدهما مائة، والأخرى تسعين، فلا بأس أن يقترعا على أن من صارت إليه التي قيمتها مائة أعطى صاحبة خمسة دنانير؛ لأن هذا ما لابد منه، ولا يتفق في الغالب أن تكون قيمة الدارين سواء.

فتأمل نقل اللخمي ، مع قول أبي محمد، أو يقال: لعل ما قال أبو محمد تراجع كثير.

وقال القاضي أبو الفضل عياض[٢]: لا يجوز قسمة القرعة بتعديل السهام بزيادة دراهم أو دنانير أو غير ذلك من غير الجنس المقسوم من أحد الجهتين، فتأمله أيضًا.

وقولنا:أيضًا في الدار الواحدة :«إنها تقسم» .

هذا إذا احتملت القسم على أقل السهام فيها، ولو لم تحتمل القسم قيل لهما: تقاوياها فيما بينكما أو بيعاها، فالمقاوات هي: المزايدة، ولا فرق في هذا بين الرباع والثياب وغيرها مما لا ينقسم. قاله عياض.

---

(١) «الرسالة» (١٣٧).

(٢) التنبيه (٤ / ١٨٧٥).

هذا إذا ورثا ذلك أو اشترياه جملة في صفقة واحدة، فأما لو اشترى كل واحد منهما جزءًا منفردًا أو واحد بعد واحد لم يجبر على إجمال البيع مع صاحبه إذا ادعى إليه ؛ لأنه كما اشترى منفردًا، كذلك يبيع منفردًا، ولا حجة له هنا في بخس الثمن في بيع نصيبه منفردًا؛ لأنه كذلك اشترى فلا يطلب الربح فيما اشترى بإخراج شريكه من ماله، وكان يذهب ابن رشد في ربع الغلات ، وما لا يحتاج إلى السكنى والانفراد للمنافع أن من أراد في مثل هذا بيع نصيبه أو مقاواته لم يجبر شريكه بخلاف ما يراد للسكنى.

ثم قال: وذهب اللخمي إلى أن الاختلاف في القسم فيما ورث أو اشترى للقنية، فأما ما اشتري للتجارة فلا يقسم، وكذلك يجب ألا يجبر على البيع الآبي على الاشتراك مدخلاً فيه حتى يباع جملة.

فقال القاضي عياض[(١)]: وما قاله شيخنا أبو الوليدا بن رشد في ربع الغلات له وجه من النظر، وما قاله اللخمي فيما اشترى للتجارة أيضًا صحيح.

فإذا قلنا بالبيع واستقر على ثمن ، فقال في «المدونة»[(٢)] فلمن أبى البيع أخذه.

ظاهره: ولا يزاد عليه ، على ما استقر عليه من الثمن .

قال عياض[(٣)]: فتأمل التخيير إنما هو للآبي المجبر على البيع، ويجب على هذا إن أراد الذي طلب البيع ضمها إلى نفسه، ولا يُمكَّن من ذلك إذا استبان أنه إنما يريد أن يخرجه عن ملكه، وأنه لا حاجة له في البيع لمن ادعى إليه، انظر عياضًا.

فإذا طلب أحد الشركاء إخلاء الدار للتسويق، وقال طالب البيع: لا يمكن تسويقها إلا بإخلائها، ودعى الساكنين إلى غرم كرائها على الإجابة للتسويق، فأبى ذلك الخارجون عنها، فأفتى ابن عتاب: أن الدار التي لا تحمل القسم تخلى من

(١) «التنبيهات» (٣ / ١١١٦).
(٢) «التهذيب» (٤ / ٢٠٠).
(٣) «التنبيهات» (٣ / ١١٥٦).

جميعهم للتسويق خاليـة، إلا أن يوجد من يكريها من غير الورثة على شرط التسويق فتكرى منه إذا أمن من الميل إلى بعض الورثة ، ولم يكن من ناحية أحدهم ، ولا من سببه.

وقال ابن [العطار][(١)]: بقاء الدار خالية ضرر على من يذهب إلى الارتفاق وبنصيبه إن كانت دارًا تكرى .

ثم قال: فإن اتفقوا على المقاوات في الكراء كان ذلك لهم، وإن أبوا أخليت ثم اشيدت للكراء كما تشاد للبيع ، فإذا بلغ كراؤها ثمنًا فلمن أراد السكنى أن يضم حصص أصحابه بما بلغت ويسكن، إلا أن يزايد عليه شريكه، فالزيادة أحق ، والإشادة على شرط التسويق للبيع ، إلا أن يثبت في ذلك ضرر من الساكن من الورثة يخل بالبيع أو تسقى بالغرب أو بعضها بعلاً وبعضها ذات عين، أو بعضها ذات بئر، وبعضها ذات عين وبعضها بئر ، فعلى قول ابن القاسم: لا تجمع في القسم إلا أن تكون بعلاً ، أو يكون لكل قسم عين متساوية في السقى أو متقاربة، أو لكل قسم بئر متقاربة فى القوى ، فإن كانت على غير ذلك لم تجمع ، وإن كان فيها شجر النخيل والأعناب والزيتون والفواكه، هذه الأربعة كل واحد منها صنف لا يجمع الآخر بالقرعة بالجبر .

واختلف إذا تراضوا بالقرعة ، فأصل ابن القاسم: المنع، وأشهب: الإجازة.

ولو كان الحائط به أجناس من الفواكه من تفاح ورمان وغيره، فقال في «المدونة»[(٢)]: إن كان كل صنف من تفاح ورمان وغيره في جنان على حدة قسم بينهم كل جنان على حدة بالقيمة إن انقسم.

فمفهومه: إن لم ينقسم لجمع، وقد نص على ذلك اللخمي.

ولو كان في الأرض شجر مفترقة ، فليقتسموا الأرض والشجر جميعًا، ولو

---

(١) في ج: القطان، والمثبت هو الصواب.
(٢) «التهذيب» (٤ / ١٧٩).

أفردنا قسمة الأصول لوقعت أصـول الرجل في أرض غيره إذا تقدمت قسمة الأرض، ولو تقدمت قسـمة الأصول لقيل: تقع الأرض في أصـول الرجل، فعلى هذا إن كان في الأرض شجر تكون تبعًا ذكرت ذلك، وإن كان في الشجر ثمر مشتركة.

وقولنا: «وإن كان الشيء المقسوم بينهم أرباعًا أو أثلاثًا... إلى آخره».

وصفة العمل في ذلك أن تُقوَّم الدور دارًا دارًا أو الأرض أو الشجر، وتجمع القِيَم وتقسـمهـا على السهـام، وتعرف ما ينوب كل سـهم، ثم تضرب بالسـهم على أي الطرفين يبدأ، فإذا عرفت ذلك كتبت اسم كل واحد من الأشراك في رقعة، وخلطت في داخل كُمٍّ ثم يخرج أول سهم، ثم الثاني، ثم الثالث، حتى تفرغ، ثم تبدأ بالأول فتعطيه شجـرة شجرة، ثم تكمل له قيمة ما صار له، فإن وقع بقـيمة حقه في بعض شجرة كان شريكًا بقدر ما بقي له مع الذي يليه، ثم تصنع في الثاني والثالث كذلك.

وكذلك تصنـع في الأرض، فإن كان لأحـدهم سهم وللآخر سـهمـان وللآخر ثلاثة، قسمت ذلك على عدد السهام، فـإن خرج سهم أحدهم، وكان واحد أعطيه، وإن كان له سهمان أعطـي مما يليه، وكذلك إن كان قسمته أكـثر ، فإن كان لأحدهم السدس، والآخر الثلث، والآخـر النصف، قسمت ذلك على ستة، فـإذا خرج سهم صاحب السدس أعطي سهمًا، فإذا خرج سهم صاحب الثلث أعطي سهمين، وكذلك صاحب النصف ثلاثة أسهم مـتصلة ، وكذلك تفعل إن كانت الشـركة بينهم أثمانًا، انتهى.

وقولنا: «إن كان أحد المتقاسمين إنما عقد القسمة على من إلى نظره من ولد سفيه أو صغير... إلى آخره».

وذلك جائز في الأب مطلقـًا، واختلف في الوصي هل يجـوز له أن يقاسم على يتيمه قسمة مرضاة بعد التقويم والتعديل أم لا؟

فقال ابن أبي زمنين وابن العطار: ذلك جائز.

وقال ابن الهندي : لا يجوز.

وأصل هذه المسألة في «المدونة»[١] قال في كتاب القسم منها: يجوز أن يقاسم على الصغير أبوه، أو وصيه الدور والعقار وغير ذلك. ا هـ.

وقال في موضع آخر[٢]: لا يقاسم الوصي بين الأصاغر حتى يُرفع إلي السلطان ويراه نظرًا، وإن كان معهم أكابر حيث له أن يرفع إلى الإمام.

قال بعض الشيوخ: هذا اختلاف من قوله .

وقيل: معناه في أحد الجوابين إذا وقع جاز، ومعنى الآخر في الابتداء ، وإلى هذا ذهب أبو عمران.

وقال ابن شلبون: ذلك على ثلاثة أوجه، فإن كانوا صغارًا كلهم لا يقسم إلا القاضي، وإن كانوا مع أكابر استحب له مشاورة السلطان، فإن لم يفعل جاز، وإن كانوا مع أجانب جاز ذلك ابتداء من غير رفع إلى السلطان.

وقال في كتاب الرهون[٣]: يجوز للوصي أن يشتري لبعض من يلي عليه من بعض .

فقال اللخمي: فعلى هذا يجوز أن يقسم بينهم. انتهى.

وأجرة القاسم على جميع من طلب القسم ومن أبى ، وذلك على عدد الرؤوس.

وقال ابن الماجشون وأصبغ: على قدر الأنصباء.

واختلف الشيوخ في الترجيح، وكذلك اختلف في أجرة كاتب الوثيقة على من هي .

ففي كتاب القسم من «المدونة»[٤] في قوم أرادوا أخذ مال عند رجل فيستأجرون

---

(١) «التهذيب» (٤ / ٢٠٠).
(٢) «المدونة» (٤ / ٣١٧).
(٣) «التهذيب» (٤ / ٦١).
(٤) «المدونة» (٤ / ٣١٠)، و«التهذيب» (٤ / ٢٢٠).

من يكتب بينهم ذلك، أن أجرته عليه وعليهم.

وفي سماع ابن القاسم: لا يكون على الذي بيده المال شيء، انتهى.

فحاصله : أن الأجرة على من له المنفعة.

وحكى عياض عن سحنون: أن الجُعْل على الذي بيده المال، وهو الذي يتوثق لنفسه، ولا شيء على الآخرين.

ثم قال: ومعنى المسألة إن كان فيها محمل فريضة وحساب الأجزاء القبض والدفع ، فيجب أن يكون على الدافع والقابض كما قال في «الكتاب» بغير خلاف؛ لأن المنفعة لجميعهم ، وأما إن كانت لمجرد القبض، ولم يحتج سواه فههنا موضع الخلاف، فعلى مذهب «الكتاب» و«الواضحة»: على جميعهم؛ لأن لهم في ذلك منفعة، الدافع براءته، والقابض لئلا يطلبه الدافع ويدعي عليه فرضًا، انظر تمام كلامه.

* * *

عقود الإيجارات(١)

اعلم أن لفظ الإجارة مأخوذ من الأجر وهو الثواب، فمعنى استأجر الرجل الرجل: أي: استعمله عملاً بأجرة بثواب يثيبه على عمله، من قولهم: آجرك الله بأجرك، أي: أثابك بثيبك.

وهي تتفرع إلى فروع كثيرة فلنقتصر منها على ما تدعو الحاجة إليه ويكون بيانًا لغيره، استأجر أجيرًا للخدمة، تكتب في ذلك: «استأجر فلان ابن فلان الفلاني فلانًا ابن فلان الفلاني ليخدم له بغلاً واحدًا أو بغلين في انتقال ما يحتاج إليه من حطب وفحم، أو غير ذلك مما يعينه ويذكره من موضع كذا إلى مدينة كذا بأجرة مبلغها كذا يدفعها له في وقت كذا استئجارًا صحيحًا دون شرط ولا ثنيا ولا خيار، عرف قدره وشهد عليها به، وهما بحال الصحة والجواز والطوع وعرفها، وفي كذا».

وإن استأجره بخدمة البيت، قلت: «ليخدم له في بيته أو في داره من مدينة كذا، الخدمة المتعارفة في ذلك من كنس وغسل ونفقة طعامه وطبخه إن اشترط ذلك عليه ثم تكمل العقد.

وإن استأجره على حصاد زرع أراه إياه ذكرته، أو يخدم له كرومًا معينة يريه إياها، أو مدة معلومة في الوجهين جميعًا بينت ذلك، أو على جداد نخل، أو لقط زيتون، وإن على حرس زرع أو كرمات، وصفت ذلك كله وبينت وقت الحراسة، هل ليلاً أو نهارًا؟ أو في أحدهما دون الآخر ؟ وتؤكد ذلك بقوله، وعليه دفع الإذن منها، والسائبة منها بقدر طاقته واجتهاده.

وإن استأجره جماعة على حرس زرعهم أو كرماتهم ذكرت ذلك أيضًا وبينت في الأجرة، هل هي على السواء بينهم أو على تفاضل؟

(١) قال ابن عرفة: «الإجارة: بيع منفعة ما أمكن نقله غير سفينة ولا حيوان لا يعقل بعوض غير ناشيء عنها بعضُهُ يتبعض بتبعيضها» «شرح حدود ابن عرفة» (١ / ٣٩٢).

وإن كانت الإجارة على رعاية غنم، فإن العقد فيها على ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: إن استأجره لرعاية غنم لا يعينها ولا يسمي عددها، ويشترط إلى نفسه، أو لا يشترط ذلك.

الوجه الثاني: أن يسمي له عدة معينة يريه إياها.

الثالث: أن يسمي له عدة معينة ولا يعينها له.

فأما الوجه الأول، فتعقد في ذلك: « استأجر فلان ابن فلان الفلاني الراعي ليرعى له غنمًا، ويردها إلى داره كل ليلة بموضع كذا مدة من كذا أولها كذا، بأجرة مبلغها كذا، من سكة كذا، يدفعها له عند انقضاء كذا، استئجارًا تاما»، ثم تكمل العقد على ما مضى قبل، فإن شرط مع ذلك الراعي حلابها أيام الحليب، وجزاز صوفها وقت جزازه جاز ذلك، وبينه في الوثيقة.

وإن شرط الراعي على رب الغنم مؤنة نفسه وكسوته، ذكرت ذلك عند ذكر الأجرة فتقول: بأجرة مبلغها كذا، ومؤنة نفسه وكسوته، ثم تكمل العقد.

وأما الوجه الثاني، والثالث: فالحكم في عقودهما سواء، تقول: «استأجر فلان ابن فلان الفلاني فلانا ابن فلان الفلاني ليرعى له مائة شاة من الضأن والمعز أو منهما جميعًا أراه وعينها له، اشترط خلف ما ضاع أو هلك منها»، وإن لم يعينها له، ولا يشترط تعينها أسقطت من النص: «أراه إياها مع ما بعدها من شرط الخلف» ، ثم تقول: «بأجرة وتكمل العقد على الوجهين المتقدمين إلى آخره».

وإن استأجر ظئرًا[1] قلت: «استأجر فلان ابن فلان الفلاني، فلانة بنت فلان الفلاني لترضع له ولده أو محجوره فلانًا الذي إلى نظره بإيصاء أو تقديم الذي سنه كذا ، مدة من كذا ، أو إلى فطامه عنده، وفي داره من مدينة كذا، بعد أن اختارت رضاعه، ووقفت عليه بأجرة مبلغها كذا يدفعها في كذا».

(١) الظئر للذكر والأنثى من الناس، والمقصود به: المرضعة غير ولدها «العين» (٨ / ١٦٧)، و«النهاية» (٣ / ١٥٤).

وإن اشترطت عليه نفقة نفسها وكسوتها جاز ذلك وذكرته كما تقدم، وإن اشترط عليها مع الإرضاع القيام بالصبي في تغذيته بالطعام والقيام على تربيته وتحميمه وغسل خرقه، ودهنه، وتكحيله، ودق ريحانه وتنظيفه جاز، وبينت ذلك كله، وقلت عقبه: وعليها الاجتهاد ما بلغ طاقتها.

وإن كان لها زوج، زدت في الرسم إذنه لها وموافقته على ذلك.

وإن استأجر أجيراً للحرث، قلت: «استأجر فلان ابن فلان الفلاني، فلانًا ابن فلان الفلاني الحارث ليحرث ببقره وآلته أراه إياها ووقفه عليها ،في أرض بموضع كذا، خارج مدينة كذا، مدة من كذا أو لشتوة عام تاريخه، بأجرة مبلغها كذا يدفعها له في وقت كذا».

فإن اشترط الحراث شيئًا من المؤنة والكسوة ذكرت ذلك، وتكمل العقد إلى آخره.

وإن استأجر صانعًا لعمل من الأعمال فإن كان خياطًا، قلت: «استأجر فلان فلانًا الخياط ليخيط له ثوب كذا من صفة كذا، أو يخيط عنده في داره أو في حانوته مدة من كذا ثيابًا من عمل كذا، وصفتها كذا».

وإن كان نجاراً واستأجره على عمل أبواب أو خزائن أو استأجر بناء لبناء دار أو حانوت أو حمام أو مكان، قلت: «استأجر فلان ابن فلان الفلاني فلانًا ابن فلان الفلاني النجار ليعمل له أبوابًا من خشب الأرز الجديدة أراه الخشب، وأوقفه عليها، أو يعمل له جوائز أو ما كان».

وإن كان بناء قلت : «فلانًا البناء ليبني له أو عنده في موضع كذا داراً على صفة كذا».

تذكر ما تشتمل عليه من بيوت ومخازن وغرف ومباحات ودرج وسطوح ، وصفة البناء من الطول والعرض، ولا تترك من الصفة شيئًا يؤدي إلى اختلافهما بعد، وإن كانت الآلة من عند النجار أو البناء ذكرت ذلك بعد أن يريه إياهدا ويوقفه عليها،

ثم تقول: « بأجرة مبلغها كذا يؤديها عند انقضاء كذا على الشروع في العمل، أو يؤخره إلى يومين أو ثلاثة، وعلى سنة المسلمين في ذلك».

انتهى.

بيان ما تقدم نصه.

فقولنا: «ليخدم له بغلاً أو بغلين... إلى آخره».

اعلم أن الإجارة من العقود الملزمة تلزم المتآجرين بالعقد كالبيع سواء، **ثم** إجارة هذا الأجير على وجهين:

أحدهما: أن يستأجره على عمل موصوف بعين.

والثاني: أن يستأجره على عمل موصوف يرتبط بعين **فالأول**: أن يستأجره على عمل موصوف لا يرتبط بعين، فلا تنفسخ الإجارة فيه إلا بموت الأجير وهو على وجهين:

أحدهما: ألا يكون له غاية كخدمة البيت ورعاية غنم بغير أعيانها فلابد فيه من ضرب الأجل بالأيام أو بالشهور.

والثاني: أن يسمي المواضع والبلدان فيما كان من النقل والحملان ، ويكفي ذلك، فإن ضرب في النقل والحملان مع تسمية المواضع والبلدان أجلاً من الشهور والأيام فسد ولم يجز؛ لأنه غرر ومما نهي عنه من شرطين في بيع على المشهور في المذهب، وقد قيل: إن ذلك جائز.

وقولنا في تعيين الخدمة التي استأجره عليها: «**من خدمة بغل أو بغلين لنقل الحطب أو الفحم**».

صواب، فإن أراد أن ينقله من ذلك إلى غيره، فإن كانت نوعًا واحدًا أو أنواعًا متقاربة جاز ، ويضاف بعضها إلى بعض، وما تباين منها مثل الحرث والبنيان والسفر والرعي فلا يجوز جمعها في الاستئجار، فإن استأجره في أحدها، ثم أراد أن يستعمله في غيره، فإن كان في جنسه أو في مثل مشقته جاز، ويجبر الآخر على

ذلك، وإن كان من غير جنسه فرضي بذلك جاز عند ابن القاسم في اليسير، وأجازه ابن حبيب في الكثير، ومنع منه سحنون مطلقًا.

وقولنا: «فلانًا للخدمة» .

هذا يقتضي أن ذلك معينا في عين الأجير، فإن جاء الأجير بمن يعمل مكانه، .

فقال ابن القاسم: لا تجوز.

زاد سحنون: وإن رضي المستأجر.

وقال ابن حبيب: يجوز إذا رضي المستأجر.

وقولنا : «من مدة كذا» .

تقدم: أن هذا لابد فيه من ضرب الأجل ولا حد لأقله، واختلف في أقصى أمد الإجارة، فأجاز في «المدونة»[1]: إجارة العبد عشر سنين، وخمس عشرة سنة.

وقال غيره فيها: لا تجوز إجارة العبد السنين الكثيرة ؛ لما في الحيوان من سرعة التغيير، وهو في الدواب أبين، وجوز محمد ذلك إلى عشرين سنة[2].

وقولنا: «يدفع ذلك في وقت كذا».

اعلم أن الإجارة على وجهين:

أحدهما: إجارة ثابتة في الذمة، أعني: في ذمة الأجير.

والثاني: إجارة لازمة في عينه، وهو المراد هنا.

فأما الأول: فحكمه حكم السلم الثابتة في الذمة في تقديم الأجرة وضرب الأجل ووصف العمل.

وأما الثاني: فيجوز تأخير الأجرة وتعجيلها إذا شرع في العمل.

---

(١) «المدونة» (٣ / ٢٦٦).

(٢) انظر: «البيان والتحصيل» (٨ / ٤٥٠).

وقولنا :« في أجير خدمة البيت، وتعيين ما يعمل».

هو الصواب، فإن سكت عن التعيين واستأجره للخدمة استعمله على حرف الناس من خدمة الليل والنهار؛ لأن العرف يقيد ما أطلقاه ويفسر ما أجملاه ، ويكون شاهدًا لمن ادعاه، ويكون له أن يستعمله ليلاً فيما خلف ، كمناولته إياه ثوبه أو الماء.

قال اللخمي: إن كان يأوي إليه ومنقطعًا عنده، استخدمه في الليل فيما خلف، وإن كان لا يبيت عنده لم يكن له أن يستخدمه ليلاً.

وقولنا: «في داره بمدينة كذا».

صواب؛ لأن من استأجر أجيرًا للخدمة فليس له أن يسافر به، هذا هو قوله في «المدونة»[١].

وقال في «العتبية»[٢]: وإن شرط عليه إن احتاج إلى سفر شهر أو شهرين في السنة سافر معه فلا بأس.

وقولنا: «في عجين أو كنس وطبخ».

صواب أيضًا، وذلك كله متقارب بعضه من بعض، ولا يجوز ما تباعد خطره لتفاوت قيم الأعمال.

وقوله : «على حصاد زرع أو لقط زيتونه أراه إياه... إلى آخره» .

هو أيضًا على وجهين: إما أن تكون الأجرة على حصاد زرع أو لقط زيتون معين فلابد أن يريه إياه ويوقفه عليه كما وقع في النص، وكذلك في خدمة كرم أكرمات، وإذا وقع ذلك على غير شيء يعينه، بل استأجر مدة معلومة شهرًا أو شهرين جاز ذلك، واستعمله في الحصاد والخدمة، والمدة المعلومة، وجاز للمستأجر أن يؤاجره في مثل ذلك كمن استأجر أجيرًا للخدمة جاز أن يؤاجره في مثل ذلك، هذا قوله في

---

(١) «المدونة» (٣ / ٤٤٥).

(٢) «البيان والتحصيل» (٨ / ٥١٣)، وانظر: «النوادر والزيادات» (٧ / ٢٤٨).

«المدونة»[(١)]، وظاهره: على ما أحب أم كره.

قال اللخمي: جاز وإن لم يرض.

وقولنا: «بأجرة مبلغها كذا».

صواب، فلو قال: فما حصدت من شيء أو جددته فلك نصفه، فأجازه مالك في «المدونة»، وفي «كتاب محمد»، ومنعه غيره.

ومعنى ما أجاز مالك من ذلك: أن له نصفه الآن.

قال ابن حبيب: والعمل في تهذيبه بينهما .

قال عبد الحق: يجبران على درسه واقتسمانه حبا، ولا يجوز لهما قسمته قتا، لأنه خطر، ويدخل التفاضل، وأما لو قال له: احصده كله وادرسه وصفه، ولك نصفه فهلك بعد حصاده، فضمانه كله من ربه، وللأجير إجارة مثل لفساد الإجارة، وفي المسألة الأولى الضمان منهما، وقد وقع في «الأمهات»: احصد ولك نصفه، فأما الحصاد فهو حين يحصده وجب له نصفه، فتأمل هذا مع ما قيدنا به قول مالك بالجواز.

فإن القاضي عياضًا حكى عن بعض الشيوخ: أنه استدل من مسألة «الأمهات» على أن بيع الزرع محصودًا جائز؛ لأنه يحزر حزمه وقبضه، وهي رواية ابن نافع وأشهب عن مالك.

وروى ابن القاسم: أنه لا يجوز.

ولا خلاف في جواز بيعه قائمًا، ولا استئجار به، فتأمله على ثلاثة أوجه: بيعه قائمًا جائز، بيعه في تافه لا يجوز، بيعه حزمًا فيه خلاف، وظاهره أيضًا: أن النصف إنما يجب له بالحصاد، والذي يأتي على أصولهم أنه إنما وجب له بالعقد، ألا تراهم كيف جعلوا ما هلك قبل حصاده من الأجير، ولو كان لا يجب له إلا بالحصاد لكان

---

(١) «المدونة» (٣ / ٤٤٥، ٤٤٦).

إذا هلك قبل الحصاد من ربه، وإن قال: احصد اليوم أو التقط فما اجتمع لك، فلك نصفه ، فلا خير فيه إلا أن يشترط أن يترك من شاء فيجوز، لم يجزه في «العتبية» ، وإن اشترط أن يترك متى شاء.

ومن هذا المعنى مسألة التقاضي وهي من قال لرجل: لي على فلان مائة دينار، فما اقتضيت لي منها من شيء فلك نصفه، فإذا علم الدين جاز ،وإذا لم يعلم كم الدين لم يكن فيه خير، إذ لعله ينفق في سفره دينار ويجد الحق دينار ، وقال في مسألة التقاضي في «العتبية»[1] عند منعه مسألة الالتقاط المتقدمة كما لو قال: تقاض مالي شهرًا ولك نصف ما تقاضيت، ومتى شئت أن تخرج خرجت، فهذا لا يجوز إذ لو تم الشهر ولم يتقاض شيئًا لذهب عناؤه باطلاً.

قال ابن يونس: التقاضي لا يشبه الالتقاط ؛ لأن الالتقاط باليد ولا مانع منه، والدين قد يلد به الغريم حتى يذهب الأجل ولم يتقاض شيئًا فهو مفترق ، وانظر على هذا مسألة الشوال فإنها كثيرة النزول ، وكثير ما يسئل عنها ويتصور فيها صور بعضها جائزة، وبعضها ممنوعة .

فالجائزة : أن يؤاجره على حصاده بربع أو عشر أو بجزء معلوم ولا يقتسمان ذلك إلا بعد تهذيبه، ويجوز أيضًا أن يعين له حزمًا معلومة فيقول: تحصد لي بهذه الحزم إلى الظهر أو إلى وقت معلوم، وكذلك لو قال: تحصد لي كذا وكذا حزمة من هذه الصفة لجاز أيضًا، وعلى هذا القول يجوز بيعه محصودًا.

وأما الممنوعة: فيقول له: احصد ولك جزء من عشرة أو من خمسة فهذا فاسد؛ لأن ذلك لا يجوز بيعه فكذلك لا تجوز به الإجارة ، وكذلك لو قال له: احصده ولك نصفه حيا لم يجز، وانظر لو وقعت هذه الوجوه الفاسدة، فهل يحرم ذلك على الشوال، ويحرم على صاحب الزرع زرعه؟

---

(١) «البيان والتحصيل» (٨ / ٤٨١)، و«النوادر والزيادات» (٧ / ١٣)، و«المقدمات» (٢ / ١٧٧).

يحرم ما أخذ الشوال ؛ لأن الواجب له في ذمة صاحب الزرع أجرة المثل ؛ لأن العقدة فاسدة فبقيت في ذمة صاحب الزرع، ولا يقر ذلك زرعه فتأمله، وكذلك لو قال: انفض شجرتي هذه أو حركها فما لقطت أو مسكت فلك نصفه لم يجز؛ لأنه مجهول ، ومعناه باليد، وأما بالعصى فجائز كالحصاد، قاله ابن العطار.

وقال ابن حبيب في النفض: يجوز وحمله محمل اللقط، وحمله ابن القاسم محمل التحريك ، فتأمل هذا كله.

والمسألة على طرفين وواسطة، التحريك طرف لا يجوز ، واللقط طرف يجوز، والنفض واسطة، فجعله ابن القاسم كالتحريك لا يجوز، وجعله ابن حبيب كاللقط يجوز، انتهى.

وقولنا في خدمة كرومه: لابد من تعيين الآلة هل هي من عند الأجير أو من عند المستأجر؟، وهل ذلك مرة أو مرتين؟ تعين وقت الأولى والثانية، وهل ذلك بالفأس أو بالمسحات؟.

وقولنا في استئجار الحارس : «أن الأجرة على السواء أو على التفاضل».

هو الصواب، فإن سكت عن ذلك فإن الأجرة تكون على السواء، وإن كان بعض المحروس كرومهم أكثر من بعض؛ لأن النظر إلى الأكثر كالنظر إلى القليل، وقيل: إن الأجرة على قدر ما لكل واحد، وهذا جار على ما تقدم في أجرة القسام، فلو سرق ما استؤجر على حراسته، واستؤجر على حراسة بيت فضاع ما فيه، أو استؤجر على حراسة الثياب في الحمام، فضاعت الثياب، فقال مالك فيمن استؤجر على حراسة بيت فنام فسرق ما فيه أو ذهب: لا يضمن، وله أجره.

وقال ابن القاسم(١): لا يضمن الأجير إلا ما فرط أو ضيع.

وقال ابن المواز : لا يضمن الحارس إلا بالتعدي.

---

(١) انظر: «النوادر والزيادات» (٧ / ٨٨)، و«البيان والتحصيل» (٨ / ٤٣٠).

وقال بعض الشيوخ في حارس الحمام : إن اكتراه صاحب الحمام لحفظ ثياب من يدخل الحمام بأجرة ثابتة في ذمته فلا اختلاف في أنه لا ضمان عليه إلا أن يضيع، أو يفرط، وأما إذا كان يحرس ثياب الناس بجعل يأخذه من كل من يدخل الحمام، ويحرس له ثيابه، فقيل: إنه لا يضمن ، وهو قول مالك .

قال ابن لبابة: وما سواه خطأ، وقيل: إنه ضامن؛ لأنه نصب نفسه وصار كالراعي المشترك، وإلى هذا ذهب ابن حبيب[1] انظر «المتيطي».

وقولنا: «في الإجارة على رعاية الغنم»، فإن ذلك على ثلاثة أوجه.

وقولنا في الرسم الأول: «ليرعى له غنمًا».

من غير تسمية عدد كاف في الاستئجار.

وللمستأجر أن يكلف الراعي من رعاية الغنم ما يقوى عليه، إلا أن المستأجر يحتاج في هذا إلى أن يعلم ذلك قبل الاستئجار، ولا يكون للراعي أن يرعى معها غيرها، وإن لم يضر بها، فإن فعل بأجر ما رعى للمستأجر الأول بخلاف القسمين الآخرين، ويأت الكلام عليهما.

وقولنا: «فإن اشترط على الراعي حلابها».

صواب، إذ لا يلزم ذلك الراعي، فإن وقع الشرط لزمه من ذلك ما عرف.

وقولنا: «فإن شرط الراعي على رب الغنم مؤنة نفسه... إلى آخره».

كاف، وإن لم يسم مقدار المؤنة والكسوة ، وله الوسط من ذلك على عادة البلد.

وقولنا في القسمين الآخرين: « إذا كانت الغنم معينة أراه إياها، وإن اشترط خلف ما ضاع منها أو هلك» .

---

(١) انظر: «المنتقى شرح الموطأ» (٦ / ١٧٦).

فحسن ليخرج من الخلاف ، فإن ابن القاسم يقول[(١)] : إنه إن عين له الغنم فلا يصلح الاستئجار على رعايتها إلا أن يشترط الخلف مما هلك منها أو باع.

وقال غيره: العقد جائز دون شرط الخلف.

والسنة توجب الخلف ما لم يشترط ألاّ خلف فيفسد العقد، فلابد من بيان ذلك.

إن المسألة على ثلاثة أوجه، فلا إشكال في اشتراط الخلف أو اشتراط الأخلف وإذا وقع الأمر مبهمًا هذا هو محل الخلاف، وإذا عين له الغنم، أو ذكر عددها أو عينها له ، فللراعي أن يرعى معها غيرها إذ لم يضر بالأولى، أو يشترط عليه في العقد ألا يرعى معها غيرها، فإن شرط عليه ذلك ثم رعى معها غيرها، فقال ابن القاسم: أجرة رعاية الثانية للأول، ورأى أن الأول قد استحق جميع منافعه.

وقال غيره: الإجارة للراعي إذا لم يدخل على الغنم مضرة.

وقال [بعض الموثقين: أرى للمستأجر][(٢)] الأول بقدر ما زاد من الأجرة في شرطه عليه ألا يرعى معها غيرها ، وقد قالوا في أجير الخدمة: إذا أوجر نفسه من غيرك يومًا أو أكثر ، فلك أخذ الأجرة أو تركه وإسقاط حصة ذلك اليوم من الأجرة عنك، انظر قد خيره في أجير الخدمة بأجر نفسه من غيره يومًا أو أكثر بين أن يأخذ الأجرة أو يسقط ، ولم يجزه في الراعي.

قال عبد الحق: والأمر في ذلك سواء، ولا فرق، قاله في «النكت».

ومال أبو محمد صالح إلى الفرق في ذلك ، وذلك أن الراعي لم يعطل شيئًا وما زال مع غنمه بخلاف أجير الخدمة فقد عطل ذلك اليوم.

قال عبد الحق: ينبغي لمن يقال: كما تساوى إجارته على ألا يرعى مع الغنم غيرها ويقوم أيضًا على أن يرعى معها غيرها فيعرف ما بين ذلك، ثم يخير بين أن

---

(١) انظر: «البيان والتحصيل» (٨ / ٤٥٨)، و«المقدمات» (٢ / ١٦٨).

(٢) سقط من أ، والمثبت من ج.

ينظر ما يخصه من الكراء الذي يسمي فيسقط إجارته أو يأخذ ما أجر به نفسه، انتهى.

وصورتها : أن يقال :إجارتها وحدها عشرة، وإجارتها مع غيرها ثمانية ، فيسقط عن نفسه الخمس، أو يأخذ ما أجر به نفسه.

وحكى اللخمي القولين، قول ابن القاسم، وقول الغير، ثم قال: وفي كلا القولين نظر فلا يصح أن يقال :هي للراعي؛ لأن الأول زاد في الإجارة احتياطًا لغنمه، ولا يصح أن يقال: جميعها لصاحب الغنم؛ لأن الأجير يحط من الإجارة لمكان راحته، ولكل واحد منهما مقال، وأرى أن يكون صاحب الغنم بالخيار بين ثلاثة أوجه ، فإن أحب فسخ عن نفسه ما زاد لمكان الشرط، وإن أحب أخذ قيمة تلك الزيادة ، وإن أحب أخذ ما باعها به، انظره.

فلو رعى معها غيرها بعد الشرط فضاع منها شيء هل يضمن أم لا؟ أما على قول الغير فلا ضمان؛ لأنه فعل ما يجوز له، وعلى قول ابن القاسم:

يضمن، وليس لهذا الراعي أن يأتي بغيره يرعى مكانه، فإن فعل، فقال أبو محمد صالح: يضمن ، وقال ابن لبابة: لايضمن.

وأسقطنا من النص ذكر ما توالد من الغنم لما في ذلك من التنازع بين الشيوخ.

فإن ابن العطار عقد في ذلك عقدًا فقال: «وعلى الراعي رعي ما توالدت هذه الغنم على المعروف عند الناس، ولا أجرة له عليها حتى تبلغ من الشياة والكبر ما تجب له الأجرة عليها على المتعارف عندهم في بلدهم» واعترض ذلك بعض الشيوخ، وقال: لا يجوز الاشتراط؛ لأن ذلك مجهول.

فإن سقط من النص ذكر ذلك حملاً على سنة البلد.

قال أبو إسحاق: إذا كانت السنة أن يرعى الراعي أولاد الغنم، فينبغي أن يبين[1]

---

(١) في ج: يعين.

وقت الإجارة كم فيها، من ذكر أو أنثى ، فإن لم تكن لهم سنة لم يلزمه رعايتها.

وقال ابن يونس عن ابن اللباد: وعلى ربها أن يأتي براع يرعى معه للتفرقة، ولا ضمان على الرعاة إلا فيما تعدوا فيه، أي: جنوا أو فرطوا في جميع ما رعوه من الغنم .

والراعي المشترك وغير المشترك في ذلك سواء ، هذا مذهب «المدونة»[(١)].

وقال ابن حبيب، وحكاه ابن يونس عنه، وعن ابن المسيب، والأوزاعي، ومكحول، والحسن:[(٢)] يضمن الراعي المشترك، ولا يضمن من رعى لرجل واحد، وجعلوه كالصانع ؛لأنه أجير مشترك وهو محمول على عدم التفريط والتضييع، هذا مذهب «المدونة».

وقال ابن زرب: محمول على التضييع والتفريط .

وقولنا: «في إجارة الظئر بعد معرفة سن الصبي».

حسن؛ لأنه ليس رضاع ابن شهر كرضاع ابن سنة ، ويعرف منه أيضًا متى ينقطع أمد الرضاع.

وقولنا: «بعد أن أختبرت برضاعه» .

حسن ، ولا يضر ذلك إذا سقط من النص، وإن كان سحنون قال: لابد أن تختبر رضاعه والأول هو المشهور.

وقولنا: «فإن كان لها زوج فلابد من إذنه وموافقته».

صواب، ؛لأنه ليس لذات الزوج أن تؤجر نفسها في الرضاع دون إذن زوجها،

---

(١) انظر: «النوادر والزيادات» (٧ / ٥٣)،و«البيان والتحصيل» (٤ / ٢٢٤،٢٢٥)، «الذخيرة» (٥ / ٥٠٨).

(٢) انظر: «النوادر والزيادات» (٧ / ٥٣)، والبيان والتحصيل» (٤ / ٢٢٤،٢٢٥)، «الذخيرة» (٥ / ٥٠٨)، و«مسائل ابن رشد » (١ / ٥٤٠).

فـإن فعلت فله فـسخ ذلك إن شاء كـان له ولد أم لا، فـإن أذن لها في ذلك سـقط قيامه.

وبعضهم يزيد في النص: «وشرط على نفسه ألا يمسها ؛ لما يخشى في ذلك من فساد اللبن وتغير حال الرضيع»، فإن سـقط ذلك من العقد، فليس له أن يصيبها عند ابن القاسم إن أوجرت نفسها بإذنه.

وحكى ابن حـبيب عن أصبـغ أنه قال: لا يمنع من وطئـها إلا أن يشتـرطوا ذلك عليه، وإلا [لم][1] يمنع إلا أن يتبين ضـرر ذلك على الصبي فـيمنع، لأن النبي ﷺ قال: «**إنما هممت أن أنهاكم عن الغيلة**»[2] ولم ينه عنها.

قال ابن حبيب وابن القاسم: أحب إلي اشترطوه أو لم يشترطوه.

وقولنا: «عنده وفي داره».

صواب ،قـال في «المدونة» [3]: وترضـعه حـيث شـرطوا، وإن لم يشتـرطوا موضعًا، فشأن الناس الرضاع عند الأبوين.

أي: هذه عادة الناس إلا امرأة لا يرضع مثلها عند الناس، أو يكون الأب وضيعًا لا يرضع مثلها عنده، فذلك لها، هذا قوله في «المدونة».

ومعنى قـوله: « وضيـعًا في دينه»، إمـا شارب خمـر أو غيـر ذلك من أخلاق السوء.

وقال اللخمي: والرضاع في بيتها إلا أن تكون العادة رضاعه عند أبويه؛ لأن من باع سلعة لم يكن عليه نقلها إلى دار مشتريها.

---

(١) سقط من أ.

(٢) أخرجه مسلم (١٤٤٢)، وأبو داود (٣٨٨٢)، والنـسائي (٣٣٢٦)، والترمذي (٢٠٧٧) من حديث جدامة بنت وهب-رضي الله عنها.
قلت: الغيلة: أن يرضع الرجل امرأته وهي تُرضع.

(٣) «المدونة» (٣ / ٤٥٢)، و«التهذيب» (٣ / ٣٧٦).

وقولنا: «بأجرة مبلغها كذا».

تجوز الإجارة بالدنانير والدراهم والعروض والطعام، ولا يدخل في ذلك النهي عن الطعام بالطعام .

وكذلك قولنا :«إن اشترطت عليه مؤنتها وكسوتها» .

أي: طعامها لا يدخل في ذلك طعام بطعام إلى أجل .

قال ابن يونس [(١)]: لأن النهي إنما ورد في الأطعمة التي جرت عادة الناس أن يقتاتوها، وأما الرضاع فقد جرى العمل بجوازه في مثل هذا، ولا خلاف فيه، ويعمل في ذلك على ما يصلح من مثلها لمثله، وذلك معروف على قدرها وهيئتها ، وإن شرط في ذلك أمرًا معروفًا كان حسنًا، فإن سقط شرط النفقة والكسوة في العقد، وطلبت ذلك المرأة، حملوا على العرف في ذلك.

وقولنا في النص: «أن عليها تحميم الصبي... إلى آخره» .

حسن، فإن سقط ذلك من العقد، ففي «الواضحة»: لا شيء عليها غير الإرضاع.

وقال ابن عبد الحكم: كل ما تتكفله[(٢)] الأم لولدها فذلك على الظئر، وإذا وقعت الإجارة في الظئر على الوجه الجائز، ثم حملت الظئر فخيف على الصبي فلهم الإجارة، هذا قوله في «المدونة»[(٣)]، وظاهره: إذا تحقق الخوف عليه .

قال بعض الشيوخ: انظر كيف يتصور هذا وقد تقدم أن ذلك إذا كان بإذنه لم يكن له وطئها، قال: ويحتمل أن يكون الزوج تعدى ولعل الحمل من وطء تقدم، انظر قوله أيضًا: «فلهم فسخ الإجارة»، أما إن خيف عليه الموت فيجب عليهم،

---

(١) «الجامع» (٤ / ٤٠).

(٢) في ج: تتكلفه.

(٣) «المدونة» (٣ / ٤٥٥).

فيكون قوله: لهم، أي: عليهم، وإن خيف عليه ضرر غير الموت فيكون لهم تركه، لكنه على الكراهة، ولا يزمها أن تأتي بغيرها يرضعه، أي إذا طلب ذلك الأب؛ لأن العقد إنما وقع على معين، ولا يلزم أيضًا ذلك الأب إذا طلبته هي، ولو تراضيا على ذلك، نظر فإن نقدها الأب الإجارة، فلا يجوز ؛ لأنه فسخ دين في دين على أصل ابن القاسم، فإن لم ينقدها جاز، فلو مات الصبي انفسخت الإجارة، ولها بحساب ما ارضعت لاختلاف الصبيان في الرضاع.

وهذه إحدى المسائل التي تنفسخ الإجارة فيها بذهاب العين المستأجر عليها وهي أربع مسائل: فرسان : فرس الإنزاء إذا عقت الرمكة أو ماتت، وفرس الرياضة إذا ماتت أو انكسرت، وصبيان: صبي المكتب وصبي الرضاع، فتنفسخ على هذا إجارة الظئر بأحد أربعة أشياء، فتأمله .

وقولنا : «في استئجار أجيرًا للحرث».

أما إذا وقعت الإجارة من المستأجر والأجير كما تقدم في الرسم، فلا إشكال في الجواز فلو جعل له نصيبًا من الزرع ففي ذلك خلاف وتنازع بين الشيوخ في صحة ذلك وفساده .

وقد سئل عنها القاضي أبو الوليد ابن رشد في «الأجوبة»[1]، فسئل عن مسألة الاشتراك في الزرع على أن يجعل أحدهما الأرض والبذر والبقر، والثاني: العمل، ويكون الربع للعامل بيده، والثلاثة الأرباع لصاحبه، هل يجوز ذلك أم لا؟

فقال: مسألة الاشتراك في الزرع على الوجه الذي ذكرت لا يخلو الأمر فيها من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يعقداها بلفظ الشركة.

والثاني: أن يعقداها بلفظ الإجارة.

---

(١) انظر: «البيان والتحصيل» (١٥ / ٣٨٢).

والثالث: ألا يسميا في عقدها إجارة ولا شركة.

فإن عقداها بلفظ الشركة جازت، وإن عقداها بلفظ الإجارة، لم تجز، وإن لم يسميا في عقدها شركة ولا إجارة وإنما قال له: أدفع إليك أرضى وبقري وبذري، وتتولى أنت العمل، ويكون ربع الزرع أو خمسه أو جزء منه يسميانه فحمله ابن القاسم على الإجارة، فلم يجزه، وإليه ذهب ابن حبيب، وحمله سحنون على الشركة فأجازه.

هذا تحميل القول عنده في هذه المسألة .

وقولنا: «ببقر وآلة أراه إياها».

صواب، وبعضهم يزيد في النص: «وعليه خلف ما تلف أو باع من الزرع أو الآلة»، وذلك خروج على الخلاف المتقدم.

وبعضهم يزيد في النص: « فعلى فلان الأجير المذكور الحرث في وقت الزريعة، وأيام القليب وسقي الأرض في أوقات حاجتها إلى ذلك، وتفريع ما تشعر منها وعمل مجاريها، وكنس ما يحتاج إلى كنسه، وتناول السقى ليلاً ونهاراً، وتعاهد الزوج بعلفها».

ثم قال: فهذه أعمال كلها يقرب بعضها من بعض فلذلك جاز الاستئجار عليها صفقة واحدة، وما يتعذر من عمل هذا الأجير لمرض أو قحط أو توالي مطر وطال ذلك فللمستأجر أن يحاسبه بذلك، وإن كان سبب الامتناع بتعذر زوج، وانكسار آلة أو غير ذلك مما يلتزمه المستأجر، فللأجير أجرته كاملة .

وقولنا في استئجار الخياط للخياطة أو النجار للعمل، وقولنا في الخياط يخيط: «ثوبًا من صفة كذا».

أما إن عيّن الثوب الذي يخيط أو سمى منه عددًا فلا يجوز أن يضرب فيه أمدًا، وأجله الفراغ منه، وقد تقدم القول في هذا، لأن الإجارة في جميع الأعمال من خياطة ودبغ وصباغة وقصارة وغير ذلك جائزة، إذا سمى الثمن ووصف العمل، أو

يضرب للاستئجار أجلاً ، ولا يجوز أن يضرب أجلاً، ويشترط فيه عدداً على ما تقدم، ثم إن هذا الاستئجار لا يخلو من وجهين:

أحدهما: أن يستأجره على عمل موصوف لا يرتبط بعين.

والثاني: أن يستأجره على عمل موصوف يرتبط بعين.

فالقسم الأول: لا تنفسخ فيه الإجارة إلا بموت الأجير.

وأما القسم الثاني: فهو ينقسم على خمسة أنواع:

الأول: أن يستأجره على عمل شيء بعينه لا غاية له إلا بضرب الأجل كغنم يرعاها له بأعيانها، أو يتجر له بمال بعينه شهراً أو شهرين، فقيل: لا يجوز إلا بشرط الخلف، وهو مذهب ابن القاسم، وقيل: يجوز بغير شرط الخلف، والحكم بوجوب الخلف، وهو قول سحنون وابن حبيب.

والنوع الثاني: أن يستأجره على عمل شيء بعينه لا غاية له إلا بتسمية الموضع وهو الاستئجار على حمل شيء بعينه، فهذا يجوز بغير شرط الخلف.

واختلف إن تلف على أربعة أقوال:

أحدها: وهو المشهور أنها لا تنتقض وإليه ذهب محمد بن المواز.

والثاني: أن الإجارة تنتقض وهو قول أصبغ، ويكون له من كرائه بقدر ما صار من الطريق .

الثالث: الفرق بين أن يأتي تلفه من قبل ما عليه استحمل أو من أمر من السماء، فإن أتى تلفه من قبل ما عليه استحمل انفسخ الكراء فيما بقي وكان له من الكراء بقدر ما مضى، وإن كان تلفه بأمر من السماء أتاه المستأجر بمثله ولم ينتقض.

الرابع: إن كان تلف من قبل ما عليه استحمل ، انفسخ الكراء ولم يكن له فيها كراء، وإن كان تلفه بأمر من السماء أتاه المستأجر بمثله، وهو مذهب ابن القاسم في «المدونة».

النوع الثالث: أن يستأجره على عمل شيء بعينه له غاية مجهولة ، مثل أن يستأجره على أن يبيع له هذا الثوب أو هذا العبد في هذه البلد أو في غيرها، فهذا لابد له فيه من ضرب الأجل ، ولا يحتاج فيه إلى اشتراط الخلف على ظاهر ما في «المدونة» ، والحكم يوجبها إن تلف .

وقيل: إنه لا يجوز على مذهبه إلا أن يشترط الخلف إن تلف، فإن باع العبد والثوب قبل تمام الأجل انفسخت الإجارة فيما بقي، ولا يجوز النقد في ذلك بشرط، هذا قوله في «المدونة».

النوع الرابع: أن يستأجره على عمل شيء بعينه له غاية معلومة، مثل أن يستأجره على خياطة ثوب بعينه، أو على طحن قمح بعينه، أو على حصاد زرع بعينه، فلا يجوز فيه ضرب الأجل، وقد تقدم هذا.

وتجوز الإجارة فيه دون شرط الخلف باتفاق، وإن تلف قبل العمل أو بعد مضي بعضه، فالمشهور في المذهب: أن الإجارة تنفسخ فيه، أو فيما بقي منه، ويكون له فيما عمل ما يجب له من الأجر، لأنه كلما عمل شيئًا فالمستأجر له قابض، ولا ضمان على الأجير فيه بخلاف الصانع.

النوع الخامس: أن يستأجره على دار بينهما، يأتي الكلام عليها بعد، انظر «المقدمات».

وقولنا: «يخيط له ثوبًا من صفة كذا» .

وتذكر صفة الخياطة، هل هي خياطة رومية أو عربية؟، وتصف الخياطة المذكورة بما يخرج عن الخلاف والنزاع، فلو عري العقد عن بيان ذلك، وأتى الخياط بالثوب وقد خاطه رومية ، وقال ربه: بل أمرتك بخياطة عربية، أو كان استأجره على صبغ ثوب، فأتاه به مصبوغًا أحمرًا، أو أخضر وخالفه ربه، فقال في «المدونة»[2]:

---

(١) «المقدمات» (٢ / ١٦٧ ـ ١٧٠).

(٢) انظر: «التهذيب» (٣ / ٣٨٤).

فالصانع مصدق، إلا أن يصنع شيئًا لا يشبه مثله.

قال ابن حبيب[١]: فيصدق حينئذ رب الثوب مع يمينه، ثم يخير في أخذه مصبوغًا ويدفع إلى الصانع أجرته ، أو يسلمه ويأخذ قيمة ثوبه غير مخيط أو غير مصبوغ.

قال اللخمي: إذا اختلف رب السلعة والصانع وأشبه ما قال، فأصل قول مالك وابن القاسم : أن القول قول الصانع، أنه لم يتعد وأن الإجارة كانت على ما صنعه، وسقط عنه حكم التعدي، ويستحق المسمى من الإجارة.

وقال سحنون [٢]: القول قول الصانع في طرح العداء، والقول قول الآخر في الأجرة، ويكون عليه الأقل من المسمى، أو إجارة المثل، انظر تمام كلامه.

فإن ضاع هذا الثوب عند الصانع ضمنه .

وقال في «المدونة»[٣]: وقد قضى الخلفاء بتضمين [الصناع][٤] ، وهو أصلح للعامة.

قال عياض[٥]: الصناع الذين يضمنون هم المشتركون بين الناس في صناعتهم، الذين نصبوا أنفسهم للناس، وجلسوا لذلك في أماكنهم بخلاف الأجير الخاص الذي لم ينصب نفسه لذلك فلا ضمان عليه، وسواء في الجميع عمله بأجر أو بغير أجر، الأول يضمنون في الوجهين، والآخر لا يضمنون في الوجهين.

وقال عبد الحق [٦]**عن بعض شيوخ صقلية في الصانع الحاضر**: إنه إذا أخذ أجرًا

---

(١) انظر: «النوادر والزيادات» (٧ / ٨٠).
(٢) انظر: «الذخيرة » (٥ / ٤٤٣).
(٣) انظر: «التهذيب» (٣ / ٣٩٦).
(٤) «التنبيهات» (٣ / ١٥٢٤).
(٥) انظر: «التهذيب» (٣ / ٣٩٦).
(٦) انظر: «النوادر والزيادات» (١٠ / ١٩٠)، و«البيان والتحصيل» (٤ / ٢٤٧)، و«المقدمات» (٢ / ٢٤٣، ٢٤٤).

ضمن وإلا فلا، فإذا ثبت هذا، فحقيقة الصانع الذي يفترق بها من الأجير هو الذي له في عين المتاع تأثير.

وقال الإبياري في «شرح البرهان»: إنما ضمن الصانع لأنه يحتمل أن يكون غَيَّبه، ويحتمل أن يكون ضاع بتفريط منه، ويحتمل أن يكون ضاع بغير تفريط، فوجهان يضمن فيهما، ووجه لا يضمن فيه، فغلب الوجهين.

واعترض هذا بعض الشيوخ بجميع الأمناء، وقال: إنما لم يضمن الصانع الخاص الصانع العام إذا استعمله في منزله، لأنه كالكراء على حمل الطعام بصحبه الطعام، وقامت البينة أنه هلك أو سرق أو احترق من غير تضييع لم يضمن، قاله مالك(١).

وقال محمد: يضمن حتى يعلم أن النار من غير سببه.

قال اللخمي: اختلف في سقوط الضمان في موضعين:

أحدهما: إذا قامت البينة على الصانع.

والآخر: إذا اشترط الصانع أنه مصدق في ضياعه، هل يكون له شرطه أم لا؟ انظر اللخمي.

وإذا أفسد الخياط الثوب في قطعة فسادًا يسيرًا فعليه قيمة ما أفسد.

قال ابن المواز: بعد رفو الثوب ، وإن كان كثيرًا ضمن قيمة الثوب يوم قبضه وإن كان له، هذا قوله في «المدونة»، وظاهره: ألا تخيير له في أخذه الثوب، وما نقصه.

وفي أول الغصب: إذا أخرق ثوبًا، فإن أفسده فسادًا كثيرًا، خير ربه في أخذ قيمته جميعه، أو أخذه بعينه، وأخذ ما نقصه، ولو ادعى رد المتاع إلى ربه لم يصدق إلا ببينة.

وضابط هذا الباب: أن القابضين لأموال غيرهم بإذن وجه المالك على غير وجه الملك على ثلاثة أوجه: أن يقبض ذلك المنفعة نفسه خاصة كالرهن والعارية فهو له

---

(١) «المدونة» (٤ / ١٦٩).

ضامن ولا يصدق في ضياعه، ولا في رده إلا أن تقوم بينة بالتلف.

والثاني: أن يقبضه لمنفعة مالكه خاصة فلا ضمان عليه، كالوديعة ، والبضائع، كان مما يغاب عليه أم لا؟

الثالث: أن يقبضها لمنفعتهما معًا، فإنه يغلب فيه منفعة صاحب المال، ويصدق القابض في دعوى التلف مما يعاب عليه أم لا، ويصدق في رده إن كان قبضه بغير بينة، وكذلك في القسم الذي قبله إلا أن الصناع المشتركين الذين نصبوا أنفسهم للعمل والأجير على حمل طعام . انتهى.

وقولنا في الاستئجار على البناء: « أن الآلة من عنده، واشتراط رؤية ذلك والوقوف عليه».

هذا هو الصواب ؛ لأنه بيع آلة معينة، وأجرة صانع معين، والأجرة والبيع في صفقة واحدة جائز، ولا يحتاج في ذلك إلى ذكر أمد.

وقال ابن القاسم [١]: ولما [تعاهد][٢] الناس ما يدخلها وأمد فراغها كان عرفهم كذكر الصفة والأجل.

وقولنا أيضًا: «إن الآلة معينة والصانع معين» .

صواب، وقال في «المدونة»[٣]: لا بأس أن تؤاجره على بناء دار كهذه، [والجص][٤] والآجر من عنده

ظاهره: أنها غير معينة والصانع [معين][٥].

وتقدم لابن رشد في السلم في الصناعات أنها على أربعة أوجه: **الرابع منها**: أن

(١) انظر: «التهذيب» (٣ / ٣٤٨).
(٢) في ج: «تعارف» وهو لفظ «التهذيب».
(٣) انظر: «التهذيب» (٣ / ٣٤٨).
(٤) سقط من أ.
(٥) في أ: غير معين.

يعين الصانع ولا يعين المصنوع منه، قـال فيه[1]: لا يجوز على حال؛ لأنـه يجتذبه أصلان متـناقضان لزوم النقد لكون مـا يعمل منه مضمـونًا، وامتناعه لاشتـراط عمل المستعمل بعينه، وهذه هي المسألة بعينها، وقد أجاز هذا ابن القاسم.

واعتذر عن هـذا بعض القرويين، وقال: إنما يصح جواب ابن القـاسم على أحد وجهين ، إما أن يكون الأجير صاحب صنعة يعمل الآجـر والجص فيصير تأخير النقد جائز كمـا يجوز أن يأخذ من الجزار أو الخباز كـل يوم خبزًا أو لحمًا والثمن مـتأخر، فيكون عـلى هذا التأويل جـائزًا قدم النقد أو أخـره، وشرع في العـمل، وترجع إلى مسألة السلفة، ويـكون المأخوذ من الجص والآجر شيئًا يطول أخذ جـملته حتى يكون المعجل منه يسيـرًا في جنب ما تأخر منه، فيكون أيضًا جـائزًا؛ لأنه قد تأخر جله إلى مثل أجل السلم، فتأمله .

ثم قال الغير بعد مسألة ابن القاسم : إذا كان على وجه القبالة ولم يشترط عمل يده فلا بأس به إذا قَدَّمَ نقده، ومعناه الضمان، فلا يجوز من ذلك شيء إلا في الذمة وحكمه حكم السلم فيجوز بشروطه.

قال بعض القرويين : وقول الغير خلاف لابن القـاسم ، فلأجل هذا الاختلاف والتنازع تحرز قائمًا قيدناه في النص المذكور .

انظر إذا لم يشـترط ضـمانًا ولا تعـيينًا في الصـانع على ماذا يحـمل، هل على التـعيين أو على الضـمان ؟، فـيظهر من قـول الغيـر وابن القاسم: أنه يحـمل على التعيين.

وقال ابن حبيب: كل ما استعمل فيه الصانع فهو محمول على أنه مضمون حتى يشترط عليهم عمل أيديهم وإلا فلهم استعمال غيرهم.

الأمر عرف أنه يقصد لرفقه أو لفضل عـمله فلا يكون عليه مضمونًا إن مات ولا يستعمل هو غيره.

---

(١) «المقدمات» (٢ / ٣٢).

ثم قال ابن يونس: وهو معنى قول مالك.

انظر إن انهدم بعض هذا البناء بعد أن بناه.

فقال في «المدونة»[١]: له بحساب ما بنى وليس عليه بناؤه ثانية، ثم قال غيره: هذا في عمل رجل بعينه، وعليه في المضمون تمام العمل.

وهذا بين، وقد جاء في «الأمهات» في هذا الحرف روايتان.

ففي رواية، قال غيره: لا يكون هذا إلا في عمل رجل بعينه، ولا يكون مضمونًا، وعليه في المضمون تمام العمل.

وفي رواية: قال غيره: لا يكون هذا في عمل رجل بعينه ولا يكون إلا مضمونًا، وعليه في المضمون تمام العمل، وعلى الرواية الأولى، اختصر أبو محمد وتابعه أبو سعيد[٢].

قال ابن يونس: هكذا في «الأمهات» قول الغير خلاف لقول ابن القاسم في الرجل المعين، وعلى تأويل أبي محمد قول الغير كله وفاق.

قال عياض: والذي عندي أن كلام الغير هنا إنما هو قوله في أصل المسألة المتقدمة في الإجارة على أن البناء والجص والآجر؛ لأن مالكًا وابن القاسم أجازاها .

وقال غيره فيها: إذا كان على وجه القبالة فيجوز، وقد تقدم الكلام عليها، انظر «التنبيهات».

وقولنا: «بكذا وكذا يدفعه في وقت كذا».

صواب، وإن لم يشترط نقدًا ولا تأخيرًا فإنه ينقد فيه ما قابل الآلات ، وكلما عمل شيئًا دفع له مقداره ، وتكتب على قول الغير: « أن ذلك لا يجوز إلا على وجه القبالة دفع فلان ابن فلان إلى فلان ابن فلان كذا وكذا دينًا، ومن سكة كذا سلمًا، في

---

(١) انظر: «التهذيب» (٣ / ٣٨١).

(٢) «التهذيب» (٣ / ٣٨١).

بناء دار صفتها كذا، في موضع كذا يسلمها إليه في وقت كذا، وعلى فلان البناء القيام بالآلات كلها وإجراء العمل لها »، ثم تكمل العقد ، وما انهدم من هذه الدار قبل تمامها وتسليمها إلى ربها، فعلى مسلتزم البناء إعادته كما تقدم، وإن استأجره على العمل خاصة، والآلة من عند ربها جاز، وتكتب في ذلك كالنص المتقدم، غير أنك تقول : وعلى رب الدار الآلة كلها إلى تمامها»، وتنص فيها أيضًا هل ذلك في عينه أو مضمون ؟، وما انهدم من هذه الدار قبل تمام العمل جرى على ما تقدم، فتأمل هذا القول في الإجارة باختصار إذ فروعها كثيرة، وإنما قصدنا الاختصار والتنبيه على ما لابد منه، وما تدعو الحاجة إليه .

* * *

عقود أكرية الدور والأرضين والرواحل والداوب

أما أكرية الدور، فالعقد فيها على وجهين مشاهرة ومسانهة إلى مدة معينة شهراً أو سنة أو أقل أو أكثر، فأما إذا عقد الكراء إلى مدة معينة معلومة فتعقد في ذلك: «اكترى فلان ابن فلان الفلاني من فلان ابن فلان الفلاني جميع الدار التي بموضع كذا من مدينة كذا، بمنافع ذلك ومرافقه لمدة من كذا أولها كذا بكذا وكذا دينار ذهبًا، من سكة كذا لجميع المدة يدفعها عند انقضاء كذا» أو «معجلة قبضها منه فلان المذكور».

وإن كان يدفع الكراء مشاهرة، **قلت:** «بكذا لكل شهر من ذلك يدفع واجب كل شهر عند تمامه»، ثم تقول: «اكتراء صحيحًا عرفا قدره شهد عليهما به في صحة وجواز وطوع وعرفهما، وفي كذا».

وإن كان المكتري حانوتًا، **قلت:** «جميع الحانوت التي بسوق كذا من مدينة كذا» ثم تكمل العقد إلى آخره.

وإن كان حمامًا، **قلت:** «جميع الحمام الذي بموضع كذا من مدينة كذا بجميع منافعه ومرافقه وفرنانه ومائه وقدره وجميع حقوقه كلها».

وإن كان فرنًا ، قلت: «جميع الفرن الذي بموضع كذا من مدينة كذا.

وإن كان بيت رحى، قلت: «جميع بيت الرحى الذي بموضع كذا من مدينة كذا، ويشتمل على مدار حجر واحد، أو حجرين أو ثلاثة بمنافع ذلك ومرافقه حفرة دون عدة ولا آلة بكذا وكذا»، وإن كانت العدة لرب الرحى ذكرت ذلك، وقلت: «بجميع عدتها»، وتكمل العقد، ثم تمضي على ما تقدم العقد، وإن كان ذكرته على ما تقدم، وإن كان العقد وقع في ذلك مشاهرة أو مسانهة، قلت: اكترى منه جميع الكذا مشاهرة أو مسانهة من وقت كذا بكذا وكذا، لكل شهر يدفع مناب كل شهر عند تمامه ،أو في أوله أو في وسطه.

هذا هو العقد في كراء الدور وما شابهها على الوجهين جميعًا.

فإذا عقد الكراء لمدة معينة معلومة لزمها جميعًا، ولم يكن للمكتري أن يخرج ولا لصاحب الدار أن يخرجه قبل تمام المدة إلا أن يشترط المكتري أن يخرج متى شاء فيجوز ما لم ينقد بشرط ولا طواعية؛ لأنه كراء بخيار فلا يجوز النقد فيه بشرط ولا طواعية.

وقولنا: «المدة من كذا عامًا أو شهرًا أو أقل أو أكثر».

هذه المدة تتعين بأربعة ألفاظ:

أحدها: أن يقول: «أكتري منك هذه الدار أو هذا الحانوت شهر كذا أو سنة كذا».

والثاني: أن يقول له: أكتري منك ذلك هذا الشهر وهذه السنة، فإن قال: هذا الشهر، وكان ذلك أول الهلال لزمهما الكراء في ذلك الشهر على الهلال، وإن كان ذلك في بعض الشهر لزمهما الكراء في ثلاثين يومًا، وكذلك إن قال: هذه السنة وهما في أول الشهر لزمهما الكراء اثنى عشر شهرًا متصلة على الأهلة، ولا يقطع الكراء على ما بقي من السنة إذا قال: أكتري منك هذه السنة كل شهر بكذا، وقد مضى شهر بعضها إلا ليال، وإن كان ذلك في بعض شهر عدا بقية أيام هذا الشهر، ثم [أكملا السنة][1] بالأهلة، ثم أكملا ما بقي من الشهر ثلاثين يومًا.

الثالث: أن يقول: «أكتري منك هذه الدار شهرًا أو سنة»، فإن الشهر والسنة يتعينان من وقت عقد الكراء بمنزلة قوله: هذا الشهر أو هذه السنة، على التفسير المتقدم.

الرابع: أن يقول: أكتري منك إلى وقت كذا.

وقولنا: «لمدة من كذا».

كانت المدة يسيرة أو كثيرة، السنين ذوات العدد، والحد في ذلك ما لا تتغير الدار إلى مثله، وذلك يختلف باختلاف اتفاق بنائها، فلو أكراها من المدة إلى ما لا يؤمن

(١) في أ: إحدى عشرة.

من تغيير الدار منها جاز العقد، ولم يجز النقد ولا يفسخ الكراء لمدة معينة بموت أحد المتكاريين.

وقولنا: «بكذا وكذا قبضه منه المكري، أو يؤديه في آخر المدة أو على أشهر المدة، ويبين متى يدفع مناب كل شهر».

صحيح؛ لأن العقد إذا وقع لمدة معينة فإن ذلك جائز بالنقد، وإلى أجل قبض الدار، أو لم يقبضها إلى سنة .

قال ابن حبيب: وإلى سنتين كالبيع؛ لأن الدار مأمونة[1]، فإن بعد الأجل فوق ذلك لم يكن بالكراء بأس دون نقد، فإن كان الكراء إلى أجل ومات المكتري، وقبل حلوله اختلف في ذلك، هل يحل الكراء بموته إذا مات قبل استيفائه السكني أم لا؟، على قولين جاريين على أصل مختلف فيه عند المتقدمين من أصحاب مالك، وإنما ينتقض الكراء باستحقاق منافعها أو انهدام جميع بنائها، فإن انهدم بعض بنائها ففي ذلك تفصيل وتقسيم، وهو أن الهدم في الدار المكتراة ينقسم على قسمين:

أحدهما: أن يكون يسيراً.

والآخر: أن يكون كثيراً، فإن كان يسيراً فإنه على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يكون لا مضرة فيه على الساكن ولا ينقص من قيمة الدار شيئًا كالشرفات ونحوها، فهذا الاختلاف أن الكراء للمكتري لازم ولا يحط عنه منه شيء.

الثاني: أن يكون لا مضرة فيه على الساكن إلا أن ينقص من قيمة كرائها فهذا يلزمه السكنى ويحط عنه ما حط ذلك من قيمة كرائها إن لم يصلحه رب الدار ولا يلزمه إصلاحه، فإن سكت وسكن لم يكن له شيء.

الثالث: أن يكون فيه مضرة على الساكن من غير أن يبطل من منافع الدار شيئًا

(١) قلت: وهذا مذهب مالك في «المدونة» ، انظرها (٣ / ١٩٣).

كالهطل وشبهه، فهذا اختلف فيه على قولين:

أحدهما: قول ابن القاسم: إن رب الدار، لا يلزمه إصلاح إلا أن يشاء، فإن أبى كان المكتري بالخيار بين أن يسكن بجميع الكراء أو يخرج، فإن سكت وسكن لزمه جميع الكراء.

والثاني: قول [أصبغ][(١)]:[(٢)] أن رب الدار يلزمه الإصلاح، فإن سكت وسكن لزمه جميع الكراء، وأما إن كان الهدم كثيراً فلا يلزم رب الدار الإصلاح بإجماع، وهو أيضًا على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يعيب السكنى، وينقص من قيمة الكراء، ولا يبطل شيئًا من المنافع مثل أن تكون الدار مبلطة مجصصة فيذهب ذلك منها، فهذا يكون المكتري بالخيار بين أن يسكن بجميع الكراء أو يخرج إلا أن يصلح ذلك منها رب الدار، فإن سكت وسكن لزمه جميع الكراء.

الثاني: أن يبطل اليسير من منافع الدار كالبيت ينهدم منها وهي ذات بيوت، فهذا يلزمه السكنى، ويحط عنه ما ناب البيت المنهدم.

الثالث: أن يبطل أكثر منافع الدار أو البيت الذي هو وجهها ، مثل أن ينكشف بانهدام حائطها ، فهذا يكون المكتري بالخيار بين أن يسكن بجميع الكراء أو يخرج، انظر «المقدمات»[(٣)].

وقولنا: «بمنافع ذلك ومرافقه».

فإن كان في الدار شجرة أو دالية كان ثمرها للمكري رب الدار لا يدخل في الاكتراء إلا بالشرط، لأن عقد الكراء لا يتضمن إلا منافع الدار، وما عدا ذلك من الثمرة خارجة عنه فهي للمكري، وسواء كانت مأجورة أو غير مأجورة بخلاف البيع

---

(١) انظر : «المقدمات» (٢ / ٢١٥).

(٢) في ج: غيره.

(٣) «المقدمات» (٢ / ٢١٤ ـ ٢١٦).

في المأجورة، وأحرى في المزهية فإذا اشترطها المكتري، قلت: بمنافعها ومرافقها، وثمرة شجرتها التي بها، أو عنب داليتها التي بها إذ هي تبع لكرائها ثم تكمل العقد.

فقولنا في هذا الشرط: «إذ هي تبع».

صحيح ؛ لأنه لا يجوز اشتراطها إلا إذا كانت تبعًا مثل الثلث فأقل، وإن كان في الثلث خلاف.

وقال اللخمي: فأما كونها تبعًا بأن تكون قيمتها دون الثلث، ولا يجوز إن كانت أكثر من الثلث، واختلف إذا كان الثلث فروى ابن القاسم عن مالك المنع وبلغه عنه الجواز، وهذا كله ما لم تطلب فإن طلبت جاز ذلك قليلة أو كانت كثيرة، وإن لم تطلب جاز ذلك بأربعة شروط:

*** أن تكون تبعًا للسكنى في القيمة.**

*** وأن يشترط جملتها.**

*** وأن يكون طيبها قبل انقضاء أمد الكراء**

*** وأن يكون قصده باشتراطها دفع المضرة هي التصرف إليها.**

وإن قال: أردت بذلك الرغبة فيها خاصة لم يجز، ومتى فقدت هذه الشروط لم يجز.

وقولنا: «إن كانت معجلة قبضها».

فإن عجل له البعض، مثل أن يقع العقد بدينار في كل شهر، ثم عجل له دينار أو دينارين ، فلابد أن تقول: وعجل فلان المكتري دينارًا أو دينارين وذلك واجب الشهر الأول والشهرين ، وواجب الشهر الأخير من الشهر المدة المذكورة ، فلابد من بيان ذلك، فإن لم يقع في ذلك بيان إلا قوله: عجل وقبض .

ثم اختلف عند مضي الشهر الأول، فقال رب الدار: هو الآخر المدة، وقال المكتري: هو الشهر الأول، فإن الدينار [المقبوض][1] يقبض على الشهر العام فما ناب

(١) سقط من ب، ج.

الشهر الأول قاصه به ويوفيه ما بقي منه، ثم كذلك في سائر الأشهر.

وقولنا: «من سكة كذا».

صواب، فإن اقتصر على ذكر الدنانير أو الدراهم، ولم يصفها، ونقد البلد مختلف لزمه كراء المثل فيما سكن وفسخ مابقي.

وقولنا: يدفع واجب كل شهر عند تمامه أو في أوله، أو في وسطه.

صواب، وعلى هذا جرى كتب المتأخرين، وقيد هذا بعض الموثقين: «يؤدي منه كل شهر ما ينوبه على عدد الشهور والتساوي». [وقال: لأنك إذا قلت بدفع مناب كل شهر عند انقضائه لا يتم حتى يقول عدد الشهور](1) والتساوي؛ إذ قد يكون ما ينوب بعض الشهور أكثر من بعض كالفنادق والحمامات، وذلك بخلاف ما عقدنا عليه النص المتقدم إذا عين ما ينوب كل شهر، وإنما احتاج هذا الموثق إلى هذا التقييد لقوله في العقد :كذا لجميع المدة، فتأمله.

وإن لم يقع بشرط النقد أو تأخيره فللمكري أن يأخذ كراء كل يوم يمضي إلا أن يكون بينهما شرط فيحملان عليه من نقد الكراء وتأخيره، وإن لم يكن شرط، وكانت سنة البلد النقد أو التأخير فيقضي به، وإن قبض المكتري الدار ذكرت ذلك، وهو أقطع للشغب، وإن سقط ذلك من العقد واختلف في وقت القبض، أو قال المكتري: لم أقبضها بوجه حتى انقضت المدة، فقال المتيطي: القول قول المكتري مع يمينه إلا أن يقوم صاحب الدار ببينة بسكناه فيها أو تسليمها له خالية فيلزمه الكراء سكن أو لم يسكن.

وقال مالك في رواية ابن الماجشون في الدار والحمام والرحى: يَدَّعي المكتري أنه لم يسكن، ويكذبه صاحبه، فرب الدار أو الحمام أو الرحى مصدق مع يمينه.

قال بعض الموثقين: وبما قدمنا القضاء، وإن تأخر قبض الدار إلى الشيء بيسير الشهر والشهرين، أو إلى سنة فذلك قدم النقد، وإن شرط تأخير القبض إلى أكثر من

(١) سقط من ج.

عام، ففي ذلك خلاف وقد تقدم هذا.

وقولنا في «المدونة»: بجميع كذا.

أولها صحيح، فلو اكترى منه دارًا سنة أو شهرًا ولم يسم متى يسكن.

فقال ابن القاسم في «كتاب المدبر»[1]: السنة محسوبة من يوم العقد، كما لو قال: هذه السنة، وله أن يسكن أو يسكن غيره متى شاء ما لم يأت من ذلك ضرر بيِّن على الدار.

وقال في «المختصر الكبير»: وإن أغلقها المكتري وخرج فذلك له، وليس لصاحب الدار أن يقول يخربها عليَّ.

وقال ابن عبد البر في «الكافي»[2]: القول قول رب الدار، وليس للمكتري أن يغلق الدار ولايسكنها إلا برضا ربها ، فإن لم يرض فغلقها أخذ المكتري بسكناها أو بكرائها من مثله؛ لأن غلقها وإخلاءها في طول المدة عون على خرابها.

وقولنا: «إذا كان المكترى حانوتًا».

وأطلق العقد ولم يبين ما يعمل فيها، على هذا جرى عمل المتأخرين، فإن كان للحانوت عرف، مثل أن تكون في سوق ليس فيه إلا صناعة واحدة فإن العقد فيها يصح دون تعيين ، ويحمل على ذلك مع إطلاق العقد، فإن عمل فيها المكتري تلك الصناعة أو ما يجري مجراها في الضرر لم يمنع ، وإن عمل ما يضر منع منه، وإن لم يكن عرف أو كان منفردًا أو بين صناعات مختلفة لم يجز فيه إطلاق العقد، وأشار إلى ذلك غير ابن القاسم في «المدونة»، فقال[3]: إن كانت الأعمال يتفاوت ضررها لم يجز الكراء إلا على شيء معلوم يعمل فيها، وإن لم يختلف فلا بأس ،وفيها[4] لابن

---

(١) انظر: النوادر والزيادات» (٦ / ٣٦٩).
(٢) «الكافي» (٢ / ٧٤٩).
(٣) «المدونة» (٣ / ٥٢٥).
(٤) «المدونة» (٣ / ٥٢٨).

القاسم فيمن اكترى حانوتًا ممن لا تعلم صناعته فإذا هو جزار يقذره ، فإن له منعه وإن لم يضر ببنائه.

قال أبو عمران: ظاهر قول الغير خلاف فتأمله، فينبغي أن يعين في الوثيقة الصناعة التي يعمل فيها، وهو أحوط من أجل الخلاف.

وقولنا في اكتراء الحمامات: «بقدره» .

صواب ، فإذا لم يقع بيان، واختلف رب الحمام والمكتري في قدر الحمام، فقال في «المدونة» (١) : هو لرب الحمام ؛ لأنه بمنزلة البنيان، فتأمل قوله: : لأنه بمنزلة البنيان»، فعلى هذا كل ما كان متصلاً بالبنيان أن يكون القول قول رب الدار، وما كان منفصلاً عنه كالأقباب والكراسي وغيرها فالقول فيها قول المكتري.

قال بعض الشيوخ: مع يمين كل واحد منهما ممن يكون القول قوله من مُكْرٍ أو مكتري، وإن وقع في الحمام شرط دخول عيال الرجل وأهله ذكرت ذلك عند ذكر الكراء أو بعد التاريخ إن شئت، فتقول: «ولرب الحمام دخول الحمام هو وأهله مدة في الجمعة أو في كل شهر» وإن ذكر من ذلك عددًا ذكورًا أو إناثًا كان أبين، وإن شرط مع ذلك أن على المكتري ما احتاج إليه أهله من حناء أو نورة لم يجز حتى يشترط شيئًا معروفًا.

وقال ابن حبيب: ذلك جائز إذا عرف ناحية عيال الرجل وقلتهم من كثرتهم وعلى عدتهم، ويجوز في الفرن أن يشترط عليه طبخ خبز ما يحتاج إليه في كل شهر أو في كل سنة إذا عرف عيال الرجل .

قال ابن يونس(٢) : وهذا معروف لأن الأكل لابد منه، ومقدار أكل الناس معروف، وأما دخول الحمام فيمكن أن يدخل في كل يوم أو في الشهر مرة، والنورة أن تعمل في الشهر مرة أو مرتين، فلا يجوز ذلك إلا على أمر معروف، كما قال ابن القاسم ، وهو الصواب إن شاء الله.

---

(١) «المدونة» (٣ / ٥١٤)، و«التهذيب» (٣ / ٤٧٣).

(٢) «الجامع» (٥ / ٢٣٧).

وقولنا في كراء بيت الرحى :«إن وقع الكراء على البيت وحده بينته ، وإن كان مع الآلة تبينه».

صواب؛ لما وقع من الخلاف، فإذا وقع العقد مطلقًا، فالقول قول المكتري في الألة على ما تقدم مع يمينه، هذه العادة اليوم بخلاف ميزاب الماء، فإن القول فيه قول رب الرحى ، وعلى ذلك يكري المكتري ، فتأمله.

وقولنا: بكذا وكذا دينارًا كان ذلك أو دراهم أو طعامًا، أو ما كان وهو بيّن.

فإن انقطع عنها الماء فهو عذر تنفسخ به الإجارة.

قال ابن حبيب: وكذلك إذا أصاب أهل ذلك المكان فتنة فخلوا منازلهم وجلي هذا المكتري، أو قام أمنًا إلا أنه لا يغشاه الناس، فذلك كبطلان الرحى من نقص الماء، ويوضع عنه الكراء، وكذلك إذا انقطع الطعام لمجاعة ، كقوله في كراء الأرضين فيمن اكترى أرضًا فلم يجد بدرًا أو إن سجنه الإمام: إن الكراء لازم إلا أن ينقطع البدر ولا يوجد بالكلية، انظر «أجوبة ابن رشد» وتأملها.

وإن رجع هذا الماء في بقية من المدة لزمه باقيها.

قال اللخمي: إلا أن يكون المكتري بعد الفسخ عقد موضعًا غيره، فيمضي الفسخ وإن لم يتفاسخا حتى عاد الماء عن قرب كان الكراء على حاله، فإن عاد عن بعد جرت على قولين، هل ذلك فسخ؟ أو حتى يفسخ، وإن اختلفا في أمد انقطاع ماء الرحى، فقال ربها: عشرة أيام، وقال المكتري: بل شهر، فقال في «المدونة»(١): «وإن صادفا في أول السنة وآخرها صدق رب الرحى، وكذلك الدار تنهدم ، ويختلفان في وقت الانهدام، وذلك أن هنا أصلين تجب مراعاة كل واحد منهما، وهو أن ذمة المكتري عامرة بالكراء يريد سقوطه، وذمة رب الدار والرحى عامرة بالمنافع لأنها تستوفي على ملكه، وعلى هذا يأتي الاختلاف في هذه المسألة فيمن يصدق .

---

(١) «المدونة» (٣ / ٤٢٦)، و«التهذيب» (٣ / ٣٥٠).

قال بعض القرويين في قوله: «صدق رب الرحى»، هذا إذا اختلفا في ابتداء الانقطاع مثل أن يكون اكترى منه سنة، أولها مُحَرَّم فيسكن المُحَرَّم وصَفَر، فيقول المكتري: انقطع الماء في ربيع، وربيع وعاد جمادى ، ويقول رب الرحى: لم ينقطع إلا في ربيع الآخر وحده، فالقول قول رب الرحى عند ابن القاسم مع يمينه؛ لأن الساكن مدع عليه بانقطاعه في ربيع الأول فلا يصدق في إسقاط الكراء عنه، فدعواه، وأما لو اتفقا على قطع الماء واختلفا متى عاد، فالقول قول المكتري مع يمينه.

قال ابن يونس(١): ولا يختلف في هذا لأن رب الرحى أقر بانقطاع الماء وسقوط الكراء على المكتري، وهو يدعي إيجاب الكراء بعودة الماء.

وقال سحنون في قول ابن القاسم : «إن القول قول رب الرحى» هذه عراقية .

قال ابن يونس(٢): كأنه يريد أن يكون القول قول المكتري.

قال ابن يونس: وهو الصواب؛ لأن المكتري يقول: إنما سكت مدة، ورب الرحى يدعي أكثر، فعليه البيان، انظر كلام اللخمي فهو بيِّن.

وقولنا: «في الكراء مشاهرة أو مسانهة... إلى آخره.

هذا هو الكراء مشاهرة وهو أن يتفقا على الكراء ولا يسميانه دون أن يتواجب على مدة ، وذلك أن يقول: أكري منك الشهر بكذا أو السنة بكذا، أو في كل شهر بكذا، أو كل سنة بكذا أو شهر بكذا، أو في كل شهر بكذا، أو في كل سنة بكذا، أو في الشهر بكذا، أو في السنة بكذا، فإنه إذا وقع الكراء على هذا كان للمكتري أن يخرج متى شاء ، وللمكري أن يخرجه متى أحب، كان ذلك في أول الشهر أو آخره أو في وسطه، ويؤدي من الكراء بحساب ما سكن، ولا يلزم واحدًا منهما الكراء في الشهر الأول ولا فيما بعده إلا أن يقع بينهما شرط ألا يخرج، ولا يخرجه، أو يعجل الكراء فهو كالشرط ، قاله ابن حبيب، وهو مذهب ابن القاسم.

---

(١) «الجامع» (٥ / ٢٢٦).

(٢) «الجامع» (٥ / ٢٢٣).

وذهب ابن الماجشون: إلى أنه يلزمه الكراء في الشهر الأول، إذا قال: الشهر بكذا إلى آخر الألفاظ.

وروى ابن أبي أويس عن مالك في البيوت التي تكرى شهراً بشهر، فيخرج قبل ذلك: أن كراء ذلك الشهر عليه، وإنما يكون عليه بحساب ما سكن إذا تكارى كل يوم بكذا، ففي كراء الدار على هذا مشاهرة ثلاثة أقوال، وكذلك في كراء الدار مسانهة، الحكم سواء، انتهى.

كراء الأرضين

وأما كراء الأرضين فالعقد فيها على وجوه، فإن كانت أرض مطر فتقول: «اكترى فلان ابن فلان الفلاني من فلان ابن فلان الفلاني جميع الأرض البعل الكائنة بخارج مدينة كذا، المشتملة على محرث فرداً وزوجاً أو زوجين، أو المشتملة على فدادين أو أكثر [يحرثها][1] كذا بمنافعها ومرافقها الحراثة شتوة عام تاريخه بكذا وكذا ديناراً ذهباً، أو دراهم، يدفع ذلك عند وجوبه اكتراء صحيحاً عرفا قدره، وشهد به عليهما في صحة وجواز وطوع وعرفهما، وفي كذا».

وإن كانت أرض سقي فتقول: «جميع الأرض السقي من واد كذا أو من ساقية كذا لعام واحد من وقت كذا، أو لعام شمسي من وقت كذا، أو لعام قمري أوله كذا بمنافعه ومرافقه بكذا أو كذا ديناراً يدفعها في وقت كذا».

وإن وقع في ذلك قبض ذكرته ثم تكمل العقد.

وإن كان في الأرض شجر ذكرت ذلك، وإن بقي ذلك المكري لنفسه، قلت: «وعلم المكتري أن في الأرض المذكورة شجراً وهي كذا لم يشترطها المكتري»، ولو اشترطها المكتري كانت تبعاً ذكرتها، وقلت: «جميع الأرض السقي التي بموضع كذا مع سوادها التافه التابع لبياضها بكذا وكذا» وتبني على ما تقدم.

---

(١) في أ: يجدها.

ثم إن هذه الأرض على ثلاثة أوجه: أرض النيل، وأرض مطر، وأرض السقى بالأنهار، والعيون، والآبار، ثم الكلام فيها على الجملة على ثلاثة أوجه:

الأول: جواز العقد.

والثاني: جواز النقد.

والثالث: وجوب النقد.

فأما العقد: فهو جائز في جميعها على مذهب ابن القاسم في «المدونة»، كانت مأمونة أو غير مأمونة، وعلى هذا جرى رسم ما تقدم.

وأما جواز النقد: فهو عنده على قسمين: مأمونة، فما كان منها مأمونًا كان أرض النيل، وأرض المطر المأمونة ، وأرض السقي بالأنهار والعيون الثابتة ، فالنقد فيها للأعوام الكثيرة جائز، وما كان منها غير مأمون فلا يجوز النقد فيها إلا بعد أن ترى أو تمكن من الحرث.

وأما وجوب النقد: فينقسم أيضًا في وجوب النقد على قسمين:

أحدهما: أرض النيل.

والثانية: أرض السقي والأمطار، فأما أرض النيل، فيجب النقد فيها عنده إن رويت، فإنها لا تحتاج إلى السقي.

وأما أرض السقي والمطر فلا يجب على المكتري فيها دفع الكراء حتى يتم الزرع ويستغني عن الماء.

وقولنا: في النص الأول: « **إذا كانت بعلاً لحراثة شتوة عام تاريخه**».

إذ لهذا تكرى.

وقولنا:« **يدفع هذا عند وجوبه**».

وهو الوقت الذي يستغني فيه الزرع عن الماء.

وقولنا: « **بكذا وكذا**» .

بيان لما وقع به الكراء، وذلك يجوز بالدنانير والدراهم والفضة، والحيوان وسائر

العروض والرباع مما كانت، ولا يجوز بالطعام كله، كان مما تنبته أو لا تنبته ولا بما تنبته من غير الطعام، كالقطن والكتان والعصفر والزعفران، وفي ذلك خلاف كثير ليس هذا موضعه.

وقولنا في أرض السقي: «لعام واحد أو لعام شمسي أوقمري».

صحيح ، ولابد من تعيين المدة، إذ لا تكرى مشاهرة ولا مسانهة، ثم لا تخلو هذه الأرض التي تكرى السنة أن يكون مما يزرع العام كله، كأرض الخضر ، أو مما يزرع مرة في العام كأرض الزرع ، فإن كانت مما يزرع العام كله، فأول السنة فيها مع الإطلاق وقت العقد إن كانت خالية من زرع، وإلا فيوم تخلو منه إلى تمام سنة شمسية أو قمرية إن كان ذلك عرف البلد، وإن كانت مما يزرع مرة في العام فأول وقته الزراعة وآخره رفع الزرع منه، فعلى هذا ينبغي أن تذكر في العقد لماذا اكتراها إن كان للخضر أو للزراعة، فتأمله.

وقولنا: «في السقى أنه اكتراها للحراثة أو لعمل الخضر».

من غير تعيين ما يعمل فيها ما شاء، ثم قال: وذلك إذن من ربها له في ذلك لعمل ما شاء ولا كلام له بعد، وإن قال: يزرعها فقط، قال محمد: وذلك جائز، ولا يزرع إلا ما يشبه أن يزرع في مثلها، فإن شرط أن يزرعها شعيراً، فلا يزرعها إلا بذلك ، أو ما مضرته في ذلك كمضرة الشعير أو أقل، فإن زرعها بعد الشرط ما هو أضر بها، فقال القاضي أبو محمد: لربها كراء الزيادة وإن اكتراها للزراعة، فلا يغرسها شجراً إن كان ذلك أضر بها، وإن كان الضرر فيها سواء لم يمنع من ذلك.

فإذا انقضت السنة وللمكتري في الأرض زرع فهل عليه قيمة ما سكن بعد المدة أو بحساب ما مضى، فقال ابن القاسم في «المدونة»[1]: عليه كراء المثل، وفي تفسير قول ابن القاسم تنازع بين الشيوخ، انظر «عياض»[2].

---

(١) انظر: «التهذيب» (٣ / ٤٩٤).

(٢) «التنبيهات» (٣ / ١٥٥٨).

عقود أكرية الدواب

وهو على وجهين: مضمون، ومعين.

فأما المعين: فتعقد في ذلك: « اكترى فلان من فلان ابن فلان بغلته الحمراء أو فرسه الشقراء أو حماره الأشهب ـ تصفه بلونه وقدره وسنه ـ أحضره له المكري المذكور وأراه إياه، ووافقه على عينه ليركب ذلك فلان المذكور، فقبضه بسرجه ولجامه أو ببرذعته، أو ليحمل عليه كذا وكذا، ربعًا من كذا ـ تصف ذلك الشيء المحمول بقدره ووزنه أو كيله ـ من موضع كذا إلى موضع كذا، بكذا وكذا دينارًا، فقبضها فلان المذكور عند كذا على سنة المسلمين في أكريتهم، ومرجع دركهم»، ثم تكمل العقد بالإشهاد عليهما على ما مضى.

وأما المضمون فتقول: «اكترى فلان من فلان بغلاً ذكرًا أو أنثى أو فرسًا ذكرًا أو أنثى يركب عليه، أو ليحمل عليه كذا من موضع كذا إلى موضع كذا تصف الشيء المحمول أيضًا كما تقدم، وتذكر هل بسرجه ولجامه، أو برذعته، وتكمل العقد على ما تقدم، وإن كان رب الدابة يسير معها ويقوم بها في علفها والاحتشاش إليها ذكرت ذلك، فإن [كان علفها وتبنها على المكتري فإن عيَّن][1] ما يعلفها وقدره فسرت ذلك وذكرته، وإلا فالفرق والعادة في مثل الدابة يعين ذلك.

وقولنا في النص الأول في المعين: «إنه أوقفه على عين الدابة وأراه إياها».

صواب ، وفيه دليل على حضورها، فإن كانت غائبة، أو تأخر الانتفاع بها لم يجز النقد، وتقدم أن كراء الرواحل على وجهين: مضمون، ومعين.

فأما المعين فهو أن تقول: «أكري منك دابتك هذه أو راحلتك هذه» قال: بعينها، أو لم يقل ، «أو دابتك الفلانية أو راحلتك الفلانية» وذلك جائز بالنقد أو إلى أجل

---

(١) سقط من أ، والمثبت في ج، ب.

إذا شرع في الـركوب أو كان إنما يركـب إلى الأيام القلائل العـشرة أو نحوهـا، قاله مالك[(١)] .

وقال ابن القاسم: لا يعجبني إلى العشرة أيام.

يريد: إذا نقد، وأما إن كان لا يركبها إلا إلى فوق عشرة أيام.

قال في «المدونة»[(٢)]: إلى ثلاثين يومًـا فلا يجـوز الكراء بالنقد، ويجـوز بغـير النقد، وإذا ماتت هذه الدابة انفسخ الكراء، فـإن ماتت في بعض المسافة، فإن أراد أن يعطيه دابة غيرها بعـينها يبلغ عليها إلى منتهى غايته، فإن كـان لم ينقد فذلك جائز؛ لأنه كراء مـبتدأ، وإن كـان قد نقده لم يجز؛ لأنـه فسخ دين في دين، إلا أن يكون ذلك في مفازة فيجوز للضرورة.

وأما على مذهب أشهب فذلك جائز .

وأما إن اكترى منه عند مـوت الدابة كراء مضمونًا وقد كـان نقده لم يجز باتفاق من ابن القاسم وأشهب وغيرهما ، وهذا إذا وقع في النص تعيين الدابة، إذ المسألة لا تخلو من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يقع على معين ببيان ونص كما تقدم.

والثاني: أن يقع على مـضمون بيـان ونص، وذلك أن يقول: أكـتري منك دابة وبغلاً أو حمارًا أو راحلة صفتها كذا من غير أن يسيمها أو يشير إليها .

والثالث: أن يعـري اللفظ في ذلك من البـيان، وذلك أن يقـول: أكتـري منك دابتك أو بغلتك أو حـمارك أو راحلتك، ولا يزيد على ذلك شـيئًا، فـأما الوجـهان الأولان فلا كلام لهما، وحكم المضمون ، وفي المعين حكم المعين.

وأما الوجه الثالث: فهو على أنهـا مضمونة غير مـعينة حتى يعينها بالتـسمية ،

---

(١) انظر: «المقدمات» (٢ / ١٨٥).

(٢) سقط من أ.

وإليه ذهب ابن حبيب كما تقدم في الصانع إذا استعمله الرجل عملاً فهو على أنه مضمون في ماله إلا أن يشترط عمل يده [أو][1] أن يكون إنما قصد رفقه أو أحكامه، وهذا إذا اتفقا على الإبهام، فلو اختلفا [وادعيا معًا][2] البيان، فقال أحدهما: معين، وقال الآخر: مضمون، لوجب أن يتحالفا، ويتفاسخا إن كان المكتري لم يقبض؛ لأن كل واحد منهما مدع على صاحبه، وأما إن قبض المكتري الدابة ثم اختلفا فالقول قول من ادعى التعيين مع يمينه إن ماتت، وإن كانت الدابة قائمة لم تفت ولا دخلها عيب، فلا يمين.

ووصفنا ما يحمل عليها ووزنه أو ركوبه بنفسه صواب؛ لأنه لا يجوز له أن يكريها ليحمل عليها حمل مثلها مما شاء؛ لأن بعض الأشياء أضر من بعض، وأما إن سميا ولم يذكر أوزنًا فمنعه ابن القاسم، وأجازه ابن حبيب.

ويحمل عليها حمل مثلها، وإن أكراها للركوب ولم يسم من يركبها أيضًا جاز لا يحتاج إلى صفة الراكب، فإن أتاه بالأوسط من ذلك فلا كلام للمكري، وإن أتى بفادح فله أن يمتنع من ذلك، والكراء لازم لهما، وعليه أن يأتي بالوسط.

وقولنا في الكراء: «شرط النقد أو تأخيره بيان».

هو الصواب، فإن سقط ذكر ذلك من العقد حملاً على العرف في ذلك، وعادة البلد، فإن لم يكن لهم عرف ولا عادة فكل ما مر من يوم دفع بقدره.

وقولنا: «ليركبها إلى موضع كذا».

صواب أيضًا؛ لأن مالكًا قال فيمن اكترى دابة ليشيع عليها الحاج أو يلقى الأمير[3]: إن كانت لهم عادة في المكان الذي يلتقون إليه وإلا لم يجز.

وقولنا: «إلى بلد كذا».

كاف، وإن لم يضربا أجلاً، بل إذا ضربا مع ذكر البلد أجلاً لم يجز، وكان

(١) سقط من أ.
(٢) في أ: مع.
(٣) «المدونة» (٤ / ١٨٣).

ذلك من بيعتين في بيعة.

وقولنا: «من سكة كذا».

صواب، فإن سقط من العقد، وادعى المكري سكة وخالفه المكتري، فإن كان لذلك عرف حملاً عليه، وأما إن لم يكن لهما عرف فليس لهما إلا دراهم البلد الذي اكترى فيه، وأما إن كان الكراء مضمونًا فقد تقدم عقده، ويجوز بالنقد أو إلى أجل إذا شرع في الركوب ، وأما إن لم يشرع في الركوب، وإنما اكترى إلى أجل كالمكتاري إلى الحج في غير إبانه، فالقياس أنه لا يجوز إلا بتعجيل الكراء، كالسلم الثابت في الذمة، فلا يجوز إلا بتعجيل رأس المال، هذا هو الأصل ولا يجوز تأخيره بشرط، واختلف في تعجيل بعضه وتأخير باقيه دون شرط، فقال مالك: لا بأس به، وأجازه ابن القاسم في رواية أبي زيد، وروى ابن المواز كراهية ذلك إلا أن ينقد أكثره أو ثلثيه.

وقال أشهب: ولابد أن تصف الدابة بالجنس والقوة والذكورية والأنوثية لاختلاف أغراض الناس في ذلك، فإن عطبت الدابة في بعض الطريق ، فإن الكراء لا ينفسخ فيها، وعليه أن يأتي ببدلها، فإن أتاه بدابة على الصفة لزمه ، وليس للمكري أن يزيلها، من تحته إلا برضاه.

وقولنا: «في اشتراط علف الدابة».

زيادة حسنة إن وقع شرط، وإن اشترط المكتاري نفقة نفسه جاز ذلك وذكرته في النص، فإن وقع بين المتكارين خلاف في بعض تعاقدهما فلا يخلو اختلافهما من ثلاثة أوجه:

الأول: أن يختلفا، في المسافة .

والثاني: أن يختلفا في الكراء.

والثالث: أن يختلفا في الأمرين.

فإن اختلفا في المسافة فهو على وجهين :

أحدهما: أن يختلفا في غايتها وجهتها ، كأن يقول المكري: إلى سلا[١]، مثلاً: ويقول ربها: إلى مكناسة.

الوجه الثاني: أن يقول المكتري: إلى تاز، أو يقول ربها: إلى مكناسة، وأما اختلافهما في الكراء، فعلى ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يختلفا في نوعه فيقول أحدهما: دنانير، والآخر، دراهم أو طعام أو عروض.

الثاني: أن يختلفا في صفة، فيقول أحدهما: دنانير هاشمية ، ويقول الآخر: عتق، أو يقول أحدهما: فضة، ويقول الآخر: وازنة، أو يقول أحدهما: قمح على صفة كذا، ويقول الآخر: بل على صفة كذا.

الثالث: أن يختلفا في قلته وكثرته، مثل أن يقول المكري: اكتريت مني بعشرة دراهم أو عشرة أرادب، ويقول المكتري: بل اكتريت منك بثمانية دراهم أو ثمانية أرادب، وما أشبه ذلك، فأما إذا كان اختلافهما في جملة المسافة أو في نوع الكراء فإنهما يتحالفان ويتفاسخان ، وصفة أيمانهما ونكولهما، وهل يقع الفسخ بينهما بتمام التحالف أم لا؟ في ذلك خلاف انظر «المقدمات»[٢].

وكذلك يتحالفان ويتفاسخان أيضًا إذا اختلفا في الكراء قبل الركوب أو بعد ركوب شيء يسير لا ضرر فيه في الرجوع عليهما نقد أو لم ينقد إلا على مذهب أشهب الذي يرى التحالف والتفاسخ في القيام والفوات يتحالفان ويتفاسخان ركب أو لم يركب، نقد أو لم ينقد ،وكذلك الحكم إذا اختلفا في صفة الكرء إلا ما حُكي عن

---

(١) مكناس: «مدينة من كبريات المدن المغربية ذات الماضي المجيد، تقع قرب جبل زرهون في موقع جميل، يبلغ ارتفاعه عن سطح البحر ٥٢٢ م، تحيط بها السهول الخصبة والبساتين الفيحاء وغابات الزيتون. . .» انظر: «تعريف بالمدن والقرى والقبائل والأسر والجهات» (ص/ ٧٨، ٧٩).

(٢) «المقدمات» (٢ / ١٩٣، ١٩٤).

ابن حبيب من مراعاة العرف في اختلافهما في صفة النقد، وقلنا: إن ذلك من قوله: يأتي على مراعاة الأشباه مع القيام في موضع التحالف والتفاسخ، وكذلك يتحالفان ويتفاسخان أيضًا إذا اختلفا في غاية المسافة قبل الركوب أو بعد ركوب شيء يسير، لا ضرر عليها فيه في الرجوع منه نقد ولم ينقد على مذهب ابن القاسم [1].

و قال غيره: إذا نقد فالقول قول المكتري.

وعلى قول أشهب[2]: يتحالفان ويتفاسخان ركب أو لم يركب، نقد أو لم ينقد، وأما إن اختلفا في عقد الكراء أو في صفته بعد أن سار من الطريق ما عليه فيه ضرر فالقول للمكتري نقد أو لم ينقد أشبه ما قال المكري، أو لم يشبه، فإن نكل عن اليمين كان القول قول المكري أشبه ما قال أو لم يشبه، انظر تمام كلامه، وأما إن اختلفا في غاية المسافة بعد الركوب الكثير، بلغا إلى الغاية التي اتفقا عليها أو لم يبلغا وقبل النقد فلا يخلو من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يشبه قولهما جميعًا، أو يشبه قول المكتري، ولا يشبه قول المكري.

الثاني: ألا يشبه قول واحد منهما.

الثالث: أن يشبه قول المكري دون المكتري.

فأما الوجه الأول: وهوأن يشبه قولهما جميعًا، أو قول المكتري دون المكري فإنما يتحالفان ويتفاسخان الكراء في الغاية التي اختلفا فيها، ويفض الكراء على الجميع، فيكون للمكري منه ما ناب الغاية التي اتفقا عليها، ويركب المكتري إليها إن كان اختلافهما قبل الوصول إليها.

وأما الوجه الثاني: وهو ألا يشبه قول واحد منهما، فإنهما يتحالفان ويتفاسخان في المسافة التي اختلفا فيها، ويكون للمكتري في المسافة التي اتفقا عليها كراء المثل.

---

(١) انظر: «البيان والتحصيل» (٩ / ١١٦).

(٢) انظر: «النوادر والزيادات» (٧ / ٩٣، ٩٤)، و«البيان والتحصيل» (٩ / ١١٦)، و«المقدمات» (٢ / ٢٠٠).

وأما الوجه الثالث: وهو أن يشبه قول المكري دون المكتري، فالقول قوله مع يمينه على نفي دعوى المكتـري ، فإن نكلا أو نكل أحدهما في هذه الوجـوه الثلاثة، انظر «المقدمات»(١).

وأما إن كان اختلافهما في ذلك بعد النقد، فلا يخلو من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يشبه قولهما جميعًا، أو قول المكري الذي انتقد.

الثاني: ألا يشبه قول واحد منهما .

الثالث: أن يشبه قول المكتري ولا يشبه قول المكري.

فأما الوجه الأول: وهو أن يشبه قولهما جميـعًا، أو قول الذي انتقد فالقول قوله مع يمينه.

وأما الوجه الثاني: وهو ألا يشبه قول واحد منهما، فإنهـما يتحالفان ويتفاسخان في المسافة التي اختلفا فيها، ويكون للمكري في المسافة التي اتفقا عليها كراء مثلها .

وأما الوجـه الثالث: وهو أن يشبـه قول المكتـري ولا يشبه قـول المكري فإنهـما يتحالفـان على قول ابن القاسم ويفض الكراء المنقـود على المسافتين فمـا ناب المسافة التي اختلفا فيها صرفـه المكري على المكتري ، فإن نكلا أو نكل أحدهما، انظر أيضًا «المقدمات»(٢).

وعلى هذا فقس اختلافهما في الوجهين جـميعًا الكراء وغاية المسافة، القول قول المكري أبدًا في غاية المسافة أشبه أو لم يشبه على مذهب ابن القاسم، وفيها قبض من الكراء أنه إنما قبـضه إلى الغـاية التي يقربها، والقـول قول المكتـري أنه لم يكتري إلا بكذا وكذا مما يقـربه، وفي أنه إنما اكترى إلى الغـاية التي يدعيها، إن كـان لم ينقدها ويفض الكراء على الغايتين جميعًا، فيكون عليه من ذلك ما ناب الغاية الأولى، ومن

(١) «المقدمات» (٢ / ٢٠٠).

(٢) «المقدمات» (٢ / ٢٠٢)، و«البيان والتحصيل» (٩ / ١٢٥).

أتى منهما بما لا يشبه لم يصدق، وكان القـول قول صاحبه إن أتى بما يشبه إلا المكري في غاية المسافة على ما قدمناه.

وإن أتيا جميعًا بما لا يشبه حلفا وكان على المكتري كراء المثل في المسافة الأولى، ولابد من ركوب المكتري إلى الغاية الأولى للضرر الداخل عليه في فسخ الكراء دونها في الطريق ، ولو كان اختلافـهما قبل الركوب ، أو بعد ركـوب شيء يسير لا ضرر عليـها في الرجـوع منه لتحـالفا وتفاسـخا الكراء فـي الجميع. انتـهى ملخـصًا من «المقدمات»[1]، وإنما رسمت هذا الفصل هنا، وإن كان فـي ذلك طول لما اشتمل عليه من الفقه، والله الموفق بمنه.

* * *

(١) «المقدمات» (٢ / ١٩٩ ـ ٢٠٣).

عقود الشركة(١)

اعلم أن: الشركة للربح والكسب ابتغاء الفضل على ثلاثة أقسام:

شركة أموال، شركة أبدان، وشركة وجوه، وهي شركة الذمم.

فأما شركة الأموال، فإنما تنقسم ثلاثة أقسام: شركة مفاوضة، وشركة مضاربة، وشركة عنان.

فأما شركة المفاوضة: فهو أن يجوز فعل كل واحد منهما على صاحبه، وأن يستويا في جميع ما يستفيدانه.

وأما شركة الأبدان: فقد أجازها مالك وأصحابه في الصناع وغيرهم إذا كان العمل واحدًا وتعاونوا فيه، ولم يفترقوا في المواضع.

وأجاز أشهب افتراق الصانعين في حانوتين.

وأما شركة المضاربة فهي القراض، ويأتي ذكرها.

وأما شركة عنان، فلا تعرف من قول مالك.

قال ابن أبي زمنين: قال ابن مزين: شركة عنان، أي يشتركان في شيء بعينه لا يفضل واحد منهما صاحبه فيه.

وقيل: شركة عنان: الشركة في جميع الأشياء لا شيء بعينه.

وأما شركة الذمم: فلم يجزها مالك؛ لأنها شركة بغير مال ولا صناعة، وكأن

(١) قال ابن عرفة: الشركة الأعمية: تقرر متمول بين مالكين فأكثر ملكًا فقط، والأخصية: بيع مالك كل بعضه ببعض كل الآخر موجب تصرفهما في الجميع».
قال: فيدخل في الأول شركة الإرث والغنيمة لا شركة التجر، وهما في الثانية على العكس، وشركة الأبدان والحرث باعتبار العمل في الثانية وفي عوضه في الأولى، وقد يتباينان في الحكم، شركة الشريك بالأولى جائزة، وبالثانية ممنوعة» «شرح حدود ابن عرفة» (١ / ٣٢٢).

كل واحد منهما قال لصاحبه : تحمل على ما اشتريت ، على أن أتحمل عنك ما اشتريت، وذلك غرر ومخاطرة.

واختلف بماذا تنعقد الشركة بين المتشاركين على قولين:

أحدهما: أنها تنعقد باللفظ وإن بقي ما أخرجه كل واحد منها بيده.

والثاني: أنها لا تنعقد إلا بالخلط ،وهو قول سحنون، وقيل بأن يجمعا المال عند أحدهما و[لو][1] يخلطاه ، وهو مذهب ابن القاسم، وروايته عن مالك في «المدونة».

وتعقد في شركة الأموال: « تشارك فلان ابن فلان وفلان ابن فلان، بأن أحضر فلان كذا وكذا دينارًا ذهبًا عينًا، وأحضر فلان مثلها عددًا وصفة، وخلطاها وجعلاها في كيس واحد ليتجرا بها في سوق كذا من سوق العطارين أو البزازين، أو الخرازين من بلد كذا، في ابتياع الرقيق وبيعه، وعلى كل واحد منهما من العمل والتصرف مثل ما على صاحبه، وله من الربح والوضيعة بقدر ما للآخر، مشاركة صحيحة دون شرط ولا ثنيا ولا خيار، وفوض كل واحد منهما إلى صاحبه بالتفويض التام على سنة المسلمين في مشاركتهم ، شهد على إشهادهما بما فيه عنهما، وهما بحال الصحة والجواز والطوع، وعرفهما، وفي كذا».

وإن تفاضلا في المال فأخرج أحدهما مثل نصف ما أخرج الآخر، أو مثل ثلثه أو مثل ربعه، أو أقل أو أكثر فسرت ذلك على ما تقدم، وذكرت أن الربح والوضعية بينهما كذلك، وإن وقعت الشركة بينهما بدراهم ذكرت ذلك ، وكذلك إن وقعت بعروض ذكرت ذلك أيضًا، وقلت: «على أن أحضر فلان كذا وكذا ربعًا من كتان أو من قطن أو من كذا وكذا، شقة من صفة كذا، وأحضر فلان مثل ذلك، أو غير ذلك من سائر العروض، وتقاوما ذلك فكانت قيمة ما أخرج فلان مائة دينار، وكانت قيمة ما أخرج فلان مثل ذلك، أو مثل نصفها وذلك خمسون دينارًا أو مثل ذلك، وذلك [مائتا][2] دينار مقاومة صحيحة تامة، وباع كل واحد منهما من صاحبه من

(١) سقط من أ.

(٢) في ج: مائة.

عروضه إن تساوت القيمة نصف ما أخرج، وإن كان غير ذلك فعلى تلك النسبة، وكان الربح والوضيعة بينهما على قدر ما لكل واحد منهما شركة صحيحة، ثم تبني على ما تقدم هذا هو العقد في شركة الأمول بتقريب ، وقس علي هذا ما يرد عليك.

فقولنا : «على أن أحضر فلان كذا وكذا دينار،وأحضر فلان مثلها».

هو الصواب، فإن أخرج هذا سكة وأخرج هذا غيرها، والصرف متفق جاز.

واختلف إن اختلف الصرف، فروى محمد عن مالك: أنه إن كان بينهما فضل كثير فلا يعجبني.

قال هذا في «الهاشمية» و«الدمشقية».

وقال ابن القاسم(١): لا يجوز ، ويكون ذلك كالتفاضل في المالين بشرط التسوية في الربح، ولو جعلا الربح والوضيعة على قدر التفاضل لم يجز أيضًا إذا صرفاهما إلى القيمة، وحكمهما الوزن وإن قل ما بينهما من التفاضل جاز عندهما.

قال اللخمي: القياس لا يجوز.

وقولنا: خلطا [المالين](٢) .

صواب؛ لأجل ما تقدم من الخلاف ، فإن لم يخلطا ذلك وبقي مال كل واحد منهما بيده، فضياعه منه.

واختلف إذا اشترى أحدهما بماله سلعة، ثم ضاع مال الآخر، هل تكون السلعة بينهما أم لا؟ فقال ابن القاسم : ذلك بينهما، وقال الغير: السلعة لمشتريها، ولا يختلف أن الضائع من ربه، وإن صرَّ كل واحد ماله، وجعلا الصُّرَّتين عند أحدهما، أو في تابوته فذلك خلط يوجب في الضياع أنه منهما، فلو أخرج أحدهما دنانير،

---

(١) انظر: «المدونة» (٣ / ٦١٢)، و«النوادر والزيادات» (٧ / ٣١٧).

(٢) في أ: المال.

والآخر دراهم واعتدلا في الصرف، فهل يجوز أم لا؟ في ذلك: قولان:

أحدهما: الجواز.

والآخر: المنع .

وعن مالك في ذلك روايتان، قال محمد: إجازة ذلك غلط .

وأجاز ذلك سحنون، واحتج من منع بأن ذلك صرف وشركة ، والشركة والصرف لا يجتمعان.

وقال سحنون[١]: إنما لا يجوز صرف وشركة إذا كان الصرف خارجًا عن الشركة وأما فيها فيجوز ، وإن أخرج أحدهما دنانير ودراهم، وأخرج الآخر مثل ذلك جاز، فإن أخرج أحدهما طعامًا وأخرج الآخر مثله جاز عند ابن القاسم إذا اتفق جنسه، قمحًا كان أو شعيرًا ، و أجاز ذلك مالك مرة وكرهه مرة.

وقال ابن القاسم: ولا أعلم لكراهيته وجهًا.

وقولنا: «على كل واحد منهما من العمل والربح الوضيعة بقدر رأس ماله، على ما تقدم في النص».

هو الصواب ، ولا يجوز في الشركة غير ذلك؛ لأنهما إن تساويا في المال والعمل على أن يكون لأحدهما فضل الربح لم يجز، وكذلك إذا تساويا فيه، أو تفاضلا على أن يكون العمل على أحدهما، فلا يجوز ويقتسمان الربح والوضيعة على قدر رؤوس أموالهما، ويرجع من له فضل من العمل على صاحبه بأجر عمله.

وقولنا: فوض كل واحد منهما لصاحبه.

صحيح، ليصح عمل كل واحد منهما على انفراده ، فإن سقط ذلك من العقد فقد وقع في «العتبية»[٢] في رجلين اشتركا على مال مسمى من كل واحد منهما على

---

(١) انظر: «المدونة» (٣ / ٦١٣)، و«التهذيب» (٣ / ٥٥٩)، و«الكافي» (٢ / ٧٨١)، و«الذخيرة» (٨ / ٤٥، ٤٦).

(٢) «البيان والتحصيل» (١٢ / ٨).

أن ما باع منه أحدهما بدين فقد ضمن معه صاحبه، قال: أكره ذلك؛ لأن كل واحد منهما لا يرى ما يغيب به عنه صاحبه.

قال سحنون[١]: لا أرى بذلك بأسًا ؛ لأن الشركة لا تكون إلا بالمفاوضة والضمان من كل واحد منهما لصاحبه.

قال القاضي[٢]: المعنى في هذه المسألة أن مالكًا لم ير للرجلين إذا اشتركا في مال مسمى متفاوضين فيما اشتركا فيه إلا أن يتشرطا فيه على المفاوضة بخلاف إذا اشتركا في جميع أموالهما فرأى أن ما اشترطاه من أن ما باعه أحدهما بدين فقد ضمنه معه صاحبه غررًا، ورآهما سحنون متفاوضين فيما اشتركا فيه من المال، وإن لم يشترطا ذلك بمنزلة إن تشاركا في جميع أموالهما فلأجل ذلك شرطنا تفويض كل واحد منهما لصاحبه.

وقولنا: في الشركة بالعروض المختلفة وبالدنانير والدراهم ، وأن ذلك جائز هذا هو المشهور.

وقد جمعها ابن رشد، فحكى في جملة المسألة ثلاثة أقوال:

أحدها: أن الشركة جائزة في ذلك كله؛ لأنه إذا جاز ذلك في الدراهم والدنانير، وفي الطعامين المختلفين فأحرى [أن][٣] يجيزها في [العرضين][٤] المختلفين وفي الدنانير والدراهم.

والثاني: أن الشركة لا تجوز في شيء من ذلك كله؛ لأنه إذا لم يجزها في العرضين المختلفين فأحرى [ألا][٥] يجيزها في الطعامين المختلفين وفي الدنانير

(١) «البيان والتحصيل» (١٢ / ٨).
(٢) التنبهات (٣/ ١٥٧٠).
(٣) في أ: ألا.
(٤) في أ: الطعامين.
(٥) في الأصول: أن ، والمثبت من «البيان والتحصيل» .

والدراهم][(١)].

والثالث: أن الشركة جائزة في العرضين المختلفين ، ولا تجوز في غيرهما انظر أول رسم «سماع عيسي» من «كتاب الشركة»[(٢)].

فلو اشتركا على أن يعقد أحدهما للبيع، ويأخذ الآخر المبتاع بوجهه، والضمان عليهما جميعًا، فالربح بينهما على ما اشتركا، ويأخذ أحدهما من صاحبه أجر ما فضله؛ لأن الربح تابع للضمان فلو لم يشترطا ضمانًا لكان كله لمن اشترى ولمن جلس للبيع أجر مثله، لأنها إجازة فاسدة والربح تابع للضمان.

وقولنا: في الشركة بالعرضين :«أنهما قوما ذلك قبل الشركة».

هو الصواب ، فإنهما إذا اشتركا على التساوي وقبل التقويم، فلما قوما سلعتهما تفاضلت ، فإن كان قبل العمل انفسخت الشركة بينهما، وأخذ كل واحد منهما ما يبيع به سلعته، ويكون الربح والوضيعة بينهما على قدر ذلك، فإن أخرج أحدهما عينًا والآخر عروضًا جاز إذا كانت قيمة العروض مثل وزن العين، ويجوز بطعام وعين على قيمة العروض مثل وزن العين، ويجوز بطعام وعين على قيمة الطعام أيضًا، ولا تجوز الشركة إلى أجل، ولكل واحد منهما أن ينحل منها، ويقاسمه فيما بين أيديهما متى شاء، هذا حكم الشركة بالأموال بتقريب.

وأما شركة الأبدان: فتعقد فيها: « اشترك فلان ابن فلان، وفلان ابن فلان الخياطان أو النجاران أو الصباغان أو الحدادان ليعملا معًا في صناعتهما على السواء في حانوت واحدة بمدينة كذا، اشتركا تفاوضًا فيه شركة صحيحة دون شرط» ثم تكمل العقد إلى آخره كما تقدم.

وإن كانت صناعتهما تحتاج إلى آله أو رأس مال، أو ماعون فهو بينهما على السواء، وتذكر أن الربح والوضيعة بينهما كذلك.

---

(١) سقط من أ.

(٢) انظر: «البيان والتحصيل»(١٢ / ٢٥، ٢٦).

وإن كانت الشركة بيـنهما على الثلث أو غير ذلك ذكرته، وتقـول: «ليعملا في صناعتهما بسوق كذا على الثلث والثلثين [الثلث][1] على فلان، والثلثان الاثنان على فلان .

وإن احتـاجت صناعتها إلى رأس مـال أو آلة كانت بينهمـا على ذلك ، وكذلك الربح والوضيعـة ، فإن أحضر رأس المال ذكرته، وأنهما خلطـا ذلك كما تقدم، وإن كانت تحـتاج إلى آلة ومراعين ذكرت مـا أحضر كل واحـد منهما وتصفـه ، وتقول: «إنهما قوما ذلك فبلغت قيمة ما أخرج كل واحد منهما مثل ما عليه» .

وقولنا: «الخياطان أو النجاران».

صحيح، إذ لا شركاء واحد نجار والآخر خياط .

وقولنا: «ليعملا في حانوت واحدة».

ليخرج من الخلاف المتقدم .

وقولنا أيضًا: «تفاوضًا» .

تنبيـه لما تقدم ذكره في شركـة الأموال، فإن كانت صناعـتهما لا تحـتاج إلى آلة كالحمالين على رؤوسهم فيجوز إذا حـملا من موضع واحد إلى غاية واحدة، وكذلك إذا اشترطا في الاحتطاب والاحتشاش ، أو يجمعا ثمار البرية، فيجوز إذا لم يفترقا ، وكذلك الحكم في الدلالة والصياغة إذا عملا في ذلك مجتمعين لا يفترقان.

* * *

---

(١) سقط من أ.

عقد مغارسة[١]

«دفع فلان ابن فلان الفلاني إلى فلان ابن فلان الفلاني جميع الأرض البيضاء التي بموضع كذا يحدها كذا ، على أن يغرسها فلان المذكور شجراً من كذا شجرتين أو رمان أو تفاح أو أجاص أو دوالي عنب ـ تصف الأشجار وعددها ـ أو يغرسها كلها كرمًا من عنب صفته كذا من جنس كذا، ويتعاهد ذلك بالحفر والخدمة، فإذا بلغ حد الإطعام ، فالأرض والشجر بينهما نصفين أو أثلاثًا، الثلث لفلان والثلثان لفلان، أو أرباعًا الربع لفلان والثلاثة الأرباع لفلان، مغارسة صحيحة، دون شروط، ولا ثنيا، ولا خيار، على سنة المسلمين في مغارستهم، ومرجع دركهم، وعرفا قدره، وشهد به عليهما في صحة وجواز وطوع وعرفهما، وفي كذا ».

فقولنا: «جميع الأرض البيضاء».

صواب وبعضهم يزيد : «نقية» ، فإن كانت شعرة كلها لم تجز المغارسة إلا لتنقيتها قدرًا وبال وهي زيادة يشترطها رب الأرض، وكذلك لو اشترط عليه بيان جدارات يكثر التعب فيها

وقولنا: «على أنها يغرسها شجر كذا».

ووصفنا لما يغرس وعدده صواب.

وقولنا: «فإذا بلغ حد الإطعام ...إلى آخره» .

صواب أيضًا ؛ لأن المغارسة على جزء من الأرض لا تجوز إلا على شروط قد حددها أهل العلم، من ذلك أن يكون الحد إلى ما دون الإطعام، أو إلى أجل من السنين دون الإطعام أو يسكتا عن الحد في ذلك، والأجل على قولين، وأما إن كان الحد إلى وفق الإطعام فلا يجوز ،وكذلك لا يجوز أن يشترط أن تكون الشجر أو الغلة بينهما دون الأصل، فإن وقت المغارسة على شيء مما وصفنا أنه لا يجوز

---

(١) قال ابن عرفة: المغارسة: جعل وإجارة،وذات شركة في الأصل» «شرح حدود ابن عرفة» (١/ ٣٩١).

باتفاق،أو على قول من لا يجـزها فيما ذكرنا فيه من الخـلاف، فإن ذلك ينقسم على قسمين:

أحدهما: ألا يجعل له جزء آمن الأرض .

والثاني: أن يجعل له جـزءًا منه، فأما إذا لم يجـعل له جزءًا من الأرض، وإنما غارسه على أن تكون الثمرة بينهما أو الشجر دون مواضعها من الأرض، فاختلف في ذلك على قولين:

أحدهما: أن يحكم له بحكم الكراء الفاسد .

والثاني: أن يحكم له بحكم الإجارة الفاسدة .

فابن القاسم يقول(١): إنه كراء فاسد، والغلة للمغارس.

وأشهب وسحنون يقولان: إنها إجارة فاسدة والغلة لرب الأرض، فتأمله.

هذا إذا كانت الغـراسة في الأرض على جزء منها، وأمـا إذا قال له: اغرس لي هذه الأرض كرمًا أو تينًا أو مـا أشبه ذلك، ولك كذا وكذا، فهـذا إذا كانت الغروس من عند رب الأرض فلا إشكال في جـوازه سمى له عدد مـا يغرس أو لم يسم؛ لأن ذلك معروف ولابد أن يصف قـدر الغروس في الصغر والكبـر؛ لأن المشقة في ذلك مختلفة إلا أن يدخلا في ذلك على عرف فيستغني عن الصفة.

وأما إن كانت الغروس من عند الغارس فيدخل في ذلك ما دخل في مسألة الذي استأجر الأجير على أن يبني له دارًا على أن الآجر والجص من عند البناء؛ لأنه يدخل في ذلك إجارة وسلم، والإجارة والسلم أحكامهما مختلفة، وقد تقدم هذا.

وأما إذا اسـتأجره على الغرس إجـارة ثابتة في ذمتـه على أن الغرس من عنده، ولها قيمة، فذلك جائز؛ لأن حكم الإجارة الثابتة في الذمة حكم السلم، فإن قدم له إجارته وضرب للغرس أجلاً جاز ، وهو معنى قول غير ابن القاسم في «المدونة»(٢):

---

(١) انظر: «البيان والتحصيل» (١٥ / ٤٠٦).

(٢) انظر: «التهذيب» (٣ / ٣٤٩)، و«المقدمات» (٢ / ٢٣٦).

إذا كان على وجـه القبـالة، ولم يشترط عـمل رجل بعينه، فـلا بأس بذلك إذا قدم نقده.

وأما إذا كانت الغراسة على وجه الجعل مثل أن يقول له: اغرس لي هذه الأرض أصولاً تينًا أو كرمًا وما أشبه ذلك، ولك في كل ثمرة كذا وكذا فهو جائز على حكم الجعل المحض، فتأملها ثلاثة أوجه، ووجه حكمه حكم الإجارة المحضة.

وجه حكم الجعل المحض فتأملها.

ووجه ليست بإجارة منفردة ولا جـعل منفرد، وإنما هي سنة على حيالها، وأصل في نفسه أخذ بشبـهه من الإجارة ومن الجعل، فهي تشبه الإجارة في لـزومها بالعقد وتشبـه الجعل، فإن الـغارس لا يجب له شيء إلابعد ثبـوت الغروس، وبلوغـه الحد المشروط، فإن بطل قبل ذلك لم يكن له شيء ، ولكن من حقه أن يعيده مرة أخرى، فإن ثبت البعض وبطل البعض، فـقيل: إن القليل تبع للكثير إلا أن يكون الذي ثبت أو أبطل له قدر وبال، وإن كان الأقل فـلا يكون تبعًا ويثبت حقه فـيما ثبت، ويبطل فيما بطل وقيل : إن حقه يثبت فيما بلغ، ويبطل فيما لم يبلغ يسيرًا كان أو كثيرًا تبعًا كان أو غير تبع، فتأمل ذلك .

* * *

عقد مزارعة[١]

«تشارك فلان ابن فلان الفلاني وفلان ابن فلان الفلاني [في][٢] حراثة شتوة عام تاريخه في الأرض البيضاء البعل الكائنة بخارج المدينة كذا التي على ملكها معًا، أو التي اكترياها معًا سواء بينهما أو التي نصفها على ملك فلان، واكترى فلان النصف الآخر على أن جعل كل واحد منهما ثورًا عاملاً للحراثة وجعلا معًا جميع الآلة بالسوية، وعلى كل وحد منهما من البذر مثل ما على صاحبه، ويخلطانه ويزرعانه في الأرض المذكورة ، وعليهما مع جميع ما يحتاج إليه بعد الزراعة من العمل والحصاد والنقل والدرس والتصفية إلى تمام ذلك، ثم يقتسمان ذلك على حسب اشتراكهما بعد خروج حظ الخماس[٣] شركة صحيحة دون شرط ولا ثنيا ولا خيار، عرفا قدره وشهد عليهما به في صحة وجواز وطوع وعرفهما، وفي كذا».

وإن كانت الشركة بينهما على الثلث لأحدهما والثلثين للآخر، أو على الربع لأحدهما، والثلاثة الأرباع للآخر جاز ذلك، وكتبت كما تقدم، وتُعُيِّن من هو صاحب الثلث، ومن هو صاحب الثلثين، وتذكر أن جميع ما يخرجانه من ثور وآلة وبذر وعمل إلى الدرس والتصفية على ذلك الجزء.

فقولنا:في النص: «أن هذه الشركة على التساوي في الجميع» .

هو غاية الكمال لما ذكر سحنون عن مالك، وبن كنانة، وابن القاسم، وغيرهم:

(١) قال ابن عرفة: «المزارعة: شركة في الحرث». ا هـ. «شرح حدود ابن عرفة» (١/ ٣٨٩، ٣٩٠).

(٢) زيادة من ج.

(٣) الخُماس: «أن يُخرج أحدهما البذر والأرض والبقر، وعلى الآخر عمل يده فقط، وله من الزرع جزء كربع أو غيره من الأجزاء وحاصل القول فيها: أنه إن عقداها بلفظ الشركة جازت اتفاقًا، وإن عقداها بلفظ الإجارة لم تجز، لأنها إجارة بجزء مجهول، وإن عري عن ذلك بأن أطلقا القول عند العقد فحملها ابن القاسم على الإجارة فمنعها، وحملها سحنون على الشركة فأجازها، والمشهور الأول. انتهى من «الخرشي على خليل» (٦ / ٦٦).

أن الشركة لا تجوز إلا بالاعتدال؛ لأن سنة الشركة التساوي، فإذا خرجت عن حد ذلك صارت إجارة فاسدة.

وإن لم يتفق الاشتراك في كل شيء، فقال مالك: إذا سلم المتزارعان من أن تكون الأرض لأحدهما والبذر من عند الآخر جازت الشركة إذا تساويا، ولم يفضل أحدهما الآخر بشرط في عمل ولا نفقة.

وقال عيسي: إذا سلم من كراء الأرض بما يخرج منها فلا بأس بالتفاضل بينهما، وبقوله جرى العمل، والأصل في هذا نهيه ﷺ عن كراء الأرض ببعض ما يخرج منها، ونهيه عن المحاقلة، وهو: اكتراء الأرض بالحنطة، ونهيه عن المخابرة، وهو: كراء الأرض بجزء مما يخرج منها.

والشركة سن فيها بالاعتدال، فعلى هاتين القاعدتين لا تصح الشركة بالمزارعة ولا بشرطين أن يسلما من كراء الأرض بما يخرج منها، وأن يعدلا فيما بعد ذلك والسلامة من كراء الأرض، بما تنبت ويكون بوجهين أن يخرجا البذر منهما أو تكون الأرض منهما إما بملك أو بكراء فتأمله.

وقولنا: «عليهما معًا جميع ما يحتاج إليه بعد الزراعة... إلى آخره».

حسن، لما في ذلك من الخلاف، فإن سحنون قال: العمل المذكور في شركة الزرع إنما هو الحرث فقط، وأما الحصاد والدراس فلا يجوز أن يكون على أحد الشريكين.

وقال غيره: العمل الحرث وما وراء ذلك.

وثمرة الخلاف: إذا تشاركا على أن العمل على أحدهما فلابد من تعيين العمل ليخرجا من الخلاف ، وتقدم أن من سنة الشركة الاعتدال ، وهل يجوز أن يتفضل أحدهما على الآخر بعد العقد بشيء له بال أم لا؟

ففي ذلك قولان مبنيان على الشركة هل تلزم بالعقد أم لا؟

فعلى القول: أنها لا تلزم بالعقد ،لا يجوز أن يتفضل عليه بشيء؛ لأنه إنما

يسمح له بذلك رجاء أن يبقى معه على الشركة وذلك لا يلزمه فيصير غرراً .

وعلى القول: أنها تلزم بالعقد، يجوز التفضل.

واختلف في الشركة في المزارعة، هل تلزم بالعقد؟ وهو قول سحنون وابن الماجشون.

وقال ابن كنانة وابن القاسم في «كتاب ابن سحنون»(١): الكراء والبيع بخلاف القراض، وقيل: إنما تلزم بالبذر ، وهو معنى قول ابن القاسم في «المدونة»، ونص رواية أصبغ عنه في «العتبية».

وقيل: أنها تلزم بالشروع في العمل، وهو قول ابن كنانة في «المبسوط».

قال ابن رشد(٢): وبه جرت الفتيا عندنا بقرطبة، وإنما هو استحسان، إذ لا تخرج على القولين في كلتا الحالتين. انتهى.

* * *

(١) انظر: «النوادر والزيادات» (٧ / ٣٥٤)، و«المقدمات» (٢ / ٥٥٢).

(٢) «المقدمات» (٣ / ٤٢).

عقد قراض[١]

«دفع فلان ابن فلان الفلاني إلى فلان ابن فلان الفلاني كذا وكذا ديناراً ذهبًا عينًا من سكة كذا ليديرها بين يديه في أنواع المتاجر، أو يصرفها فيما ظهر له من ضروب المكاسب ، فما أفاء الله عليهما في ذلك من ربح وسناه لهما من خير يكون بينهما أنصافًا أو أثلاثًا، الثلث الواحد لرب المال أو للعامل، والثلثان لفلان، أو أرباعًا بعد نضوض رأس المال ورجوعه إلى ربه كاملاً، فقبض ذلك فلان العامل المذكور قبضًا تاما بمحضر شاهديه، وعليه في ذلك تقوى الله تعالى في السر والعلانية ، وعرفا قدره وشهد عليهما بما فيه عنهما في صحة، وجواز، وطوع، وعرفهما، وفي كذا».

هذا النص كاف في قراض الجائز منه.

فقولنا: «كذا وكذا ديناراً».

فلو كانت دراهم، فتقول: «كذا وكذا ديناراً عشرية فضية من وزن كذا»، وإن كانت دنانير ذهبية ودراهم فضية ذكرت كم هذا وكم هذا، وتحصر ذلك في الوزن فيما يوزن، والعدد فيما يعد، فيجوز القراض بالدنانير والدراهم؛ لأنهما أصول الأثمان والمثمونات ، وبهما يقوم ما عداهما من العروض، ولا يجوز بشيء من العروض ، كان ذلك مما يوزن أو يكال ، أو يعد عند مالك وجميع أصحابه.

واختلف في جواز ذلك بنقر الذهب والفضة؟

فقال مالك[٢]: لا يجوز.

وقال ابن القاسم في «العتبية»[٣]، **وأصبغ في كتاب «ابن محمد»**: إن نزل مضى.

---

(١) قال: ابن عرفة: «القراض: تمكين مال لمن يتجر به بجزء من ربحه لا بلفظ الإجارة». اهـ. «شرح حدود ابن عرفة» (١ / ٣٧٩).

(٢) انظر: «البيان والتحصيل» (١٢ / ٣٤٠)، و(١٢ / ٣٥٠).

(٣) انظر: «البيان والتحصيل» (١٢ / ٣٤٠).

وروى محمد عن مالك: الجواز.

وقولنا: «ليديرها في أنواع المتاجر».

هذا مقتضى مطلق العقد، وله أن يتجر به فيما يراه من أنواع المتاجر، فأحصر له تجارة أو سوقًا جاز ذلك، إذا كان لا يعدم فيه المتجر الذي عيناه، ولا ينبغي لهذا العامل أن يتجر في غير ما عين له، فإن فعل وتعداه إلى غيره فتلف أو خسر فيه ضمنه، وإن ربح كان الربح للقراض.

وقد قال بعض الموثقين: رأيت لبعض أصحابنا أن القياس أن يكون له الأقل من ثلاثة أوجه: إجارة المثل، أو القراض المثل، أو ما سمياه.

وبعضهم يزيد في النص: ليتجر في مدينة كذا خروجًا من الخلاف، فإن أطلق العقد، ولم يقيد ذلك ببلد هل له السفر به أم لا؟

فيه خلاف، المشهور من المذهب: أن ذلك له، وبه جرى العمل، إلا أن ينهاه عن السفر، فإن لم يشترط عليه ذلك فليس له أن ينهاه عن السفر إذا أشغل المال.

وإن قارضه على أن يجلس به ههنا في حانوت البزازين، أو السقاطين يعمل به ولا يعمل في غيره، أو على أن يجلس في القيسارية، أو على ألا يشتري به إلا من فلان أو إلا سلعة فلان، أو على ألا يتجر إلا في سلعة كذا وليس وجودها بمأمون ، أو على أن يزرع ، فلا ينبغي ذلك، وإن نزل ذلك كله كان للعامل أجرته بهذه المسائل كلها إنما فيه تحجير.

وقولنا: «في حانوت أو قيسارية» .

معناه إلا أن تكون الحانوت كبيرة، وكذلك إن كانت القيسارية لا يتعذر جلوسه فيها، فتأمله.

وقولنا في الربح:« إنه على السواء».

هذا هو المعروف عند الناس، ويجوز على الثث وما تراضيا عليه، ولا إشكال في الجواز.

وإن قارضه ولم يسم ما له من الربح وتصادقا على ذلك، أو على أنها شركاء في المال لم يسمه كان على قراض مثله.

ولو اختلفا في [مقدار](١) الجزء، فقال العامل: أخذته على النصف، وقال الآخر: على الثلث، فإن لم يعمل،كان العامل بالخيار على أن يعمل على الثلث، أو يرد ولا يمين على رب المال على القول أنه لم ينعقد، وعلى القول الآخر: يحلف أنه كان على الثلث، ثم يكون الآخر بالخيار بين أن يعمل على ذلك، أو يحلف ويرده.

وإن اختلفا بعد العمل، وفي المال ربح كان القول قول العامل إذا كان المال في يده أو أسلمه على وجه الإيداع حتى يتفاصلا؛ لأن تسليمه على هذه الصفة ليس بتسليم ، وإن أسلمه ليتصرف فيه رب المال، ويكون جزء العامل سلف عنده، كان القول قول رب المال: إنه على الثلث.

وقولنا في الربح: «أنه على جزء من ذلك للعامل».

هو الصواب، فلو اشترطا أن يكون للعامل من الربح ديناران والباقي بينهما، أو يكون ذلك لرب المال، والباقي بينهما لم يجز.

وقولنا في النص إن القبض وقع بالمعاينة وبمحضر شاهديه .

فيه احتياط لرب المال ، وبعضهم يزيد في النص: وعاين الدفع والقبض ، وهو أحسن ، وفائدته: إذا ادعى العامل رد المال، وأنكره ربه، فإن كان الدفع والقبض بالبينة، فالمشهور في المذهب أنه لا يقبل قوله، وهو قوله في «المدونة»، وقيل: يبرأ ، وإن أخذ ذلك ببينة، ولو كان القبض والدفع بغير بينة صدق في الرد ويصدق في الضياع في الوجهين قبضه ببينة أو بغير بينة.

وقولنا: «بعد نضوض رأس المال... إلى آخره».

هذا حكم القراض، فلو ضاع بعض المال بيد العامل قبل العمل أو بعده أو

(١) سقط من أ.

خسراه، أو أخـذه اللصوص أو العاشر ظلمًـا لم يضمنه العامل إلا أنه إن عمل ببـقية المال جبر بما ربح فيه أصل المال فيما بقي بعد تمام رأس المال الأول كان بينهما على ما شرطا.

إن حكم القـراض أنه لا ينقسم شـيء من ربحه إلا بعـد كمـال رأس المال، وأن العامل مؤتمن لا يضمن ما هلك بيـد العامل، إلا أن يتعدى، هذا حكم القراض على ما تضمنته الرسم المذكور، وما بقي من فروعـه لا تنضبط ولا تنحصر، واستيعابه في أمهات الدواوين، فالتمسها هناك.

* * *

عقود الوكالات[١]

عقد توكيل مفوض:

«وَكَّلَ فلان ابن فلان الفلاني، فلانًا ابن فلان الفلاني توكيلاً تاما مفوضًا مطلقًا عاما أقامه مقامه، وبدلاً منه، وعرفا قدره، وشهد عليه به في صحة وطوع وجواز وعرفه ، وفي كذا».

فقولنا: «توكيلاً تاما مفوضًا مطلقًا عامًا».

حسن وصواب، فلو اقتصر على قوله: « أنت وكيلي»، أو «وكلت فلانًا »، هل تصح الوكالة، ويكون وكيلاً في كل شيء أم لا؟

قال ابن رشد[٢]: إذا وكله وكالة مطلقة ولم يخصه بشيء دون شيء فهو وكيله على جميع الأشياء ، وإن سمى بيعًا أو ابتياعًا أو خصامًا أو شيئًا من الأشياء، فلا يكون وكيلاً إلا فيما سمى.

وإن قال في آخر الوكالة: وكالة مفوضة تامة، أو لم يقله فذلك سواء ؛ لأنه إنما يرجع إلى ما سمى خاصة ، وهو قولهم في الوكالة: إذا قصرت طالت، وإن طالت قصرت.

وقال ابن بشير: الوكالة تسليط من الموكل للوكيل على التصرف ، فإن وقعت مطلقة فهي باطلة ، ومثال ذلك أن يقول فلان وكيلي، ولو قال: فلان وصيي لكان صحيحًا عند مالك، ويكون وصيا في جميع الأشياء ، انظر الفرق في باب الوكالة على السلم من كتاب السلم من كتابه.

---

(١) قال ابن عرفة: «الوكالة: غير ذي إمرة ولا عبارة لغيره فيه غير مشروطة بموته». ا هـ. «شرح حدود ابن عرفة» (١ / ٣٢٧).

(٢) «المقدمات» (٣ / ٥٢).

والوكالـة جائزة في الحـقوف التي تصح النيـابة فيـها كـالبيع والشـراء والإجارة والجعالة واقتـضاء الديون، وقضائها وعقد النكاح ، والطلاق، وإقـامة الحدود وفعل الْقُرَبِ، انظر «اللخمي».

قال ابن بشـير: الوكالة الاخـتياري هي استنابة الرشـيد، ولا تخلو من أن تكون بثمن أو بغير ثمن، ولا تخلو من أن يتعلق بها حق الغير أم لا؟

فإن تعلق بها حق الغير لم يكن له عزلـه، وإن لم يتعلق بها حق فإن كانت بثمن فلا يخلو أن تكون على سبـيل الجعالة أو على سبيل الإجارة، فـالمشهور من المذهب لزومها، وليس لواحد منهما عنها رجوع.

وإن كانت على سبيل الجعالة فثلاثة أقوال في المذهب:

أحدها: أنها منعقدة من الطرفين.

الثاني: أنها منحلة من الطرفين.

الثالث: أنها لازمة للـجاعل دون المجعول له ، وإن وكله على شيء مـخصوص ذكرته، وأفردته بالذكر ، وإن وَكَّلَه على خصام ذكرته ، وقلت: «وَكَّلَ فلان ابن فلان الفلاني، فلانًا ابن فلان الفلاني على المحاكمة والمخـاصمة ، وتقييد المقالات، وتقرير البينات، وأخذ النسخ وإعطائهـا، وضرب الأجال وإلزامها والتزامهـا، وأخذ الحملاء بالوجـه والمال وحلهم ، وسـجن إن وجب وسـراح منه بالواجب والإقـرار والإنكار وقبض الأيمان وقلبها، ووقفها وقبض ما يجب له قبضه أي شيء كان والإبراء منه بعد القبض توكيـلاً تامًّا ما عرف قدره، وشـهد به عليه في صحة وجـواز وطوع وعرفه، وفي كذا على هذا النص جرى عمل المتأخرين في وكالة الخصام.

فقولنا: «على المحاكمة عنه والمخاصمة».

يشمل خصـامه عنه سواء كان طالبًا أو مطلوبًا، فلو صَدَّرَ التـوكيل بقوله: «وكل فلانًا على طلب حقه»، لكان له أن يخاصم عنه طالبًا، ولا يخاصم عنه مطلوبًا.

وحكى عنِ سحنون[1]: أنه كان لا يقبل من المطلوب وكيلاً إلا من امرأة لا يخرج مثلها أو مريض، أو مريد للسفر أو من تبين عذره ، والمشهور الذي عليه العمل إباحة ذلك مطلقًا انظره .

وقولنا: «وتقييد المقالات».

هو ما يجري بين يدي القاضي عن المحاضرة من كتب ما يذكره عن موكله من طلب حق أو يدفعه عن موكله إن كان مطلوبًا .

وقولنا: وتقرير البينات.

هو نيابة عن موكله في إثبات ما يدعيه موكله من إثبات حق أو إبراء من حق طلب به.

وقولنا: «وأخذ النسخ وإعطائها» .

وهي رسوم يقام بها على الموكل فيدعي الدفع فيها،ويطلب نسختها ليقدر له فيها، أو يقوم هو بها على المطلوب الدفع فيها.

وكذلك قولنا: «وضرب الآجال وإلزامها».

يعني: لخصامه، **«والتزامها»**، يعني: عن موكله .

وقولنا: «وأخذ الحملاء بالوجه والمال».

لأن هذه حقوق ثبتت للموكل ، فلا يكون له طلبها، ولا أخذها إلا بالنيابة عن الموكل .

وقولنا: «وحلهم».

يعني الإبراء: من حميل الوجه والمال، وذلك باستيفاء الحق الذي وجب بسبب الحميل.

---

(١) انظر: «النوادر والزيادات» (٨ / ٢٣٥).

وقولنا: «والسجن إن وجب».

يعني: بحكم، «**والسراح منه بالواجب**»: يعني: بحكم أيضًا.

وقولنا: «والإقرار والإنكار».

يشمل فيما طلب هو من موكله أو طلب به ويلزم الموكل ما قال عنه وكيله من إقرار وإنكار، هذا قوله في «الوثائق المجموعة»[1]، وظاهره: كان ذلك مما كان قبل توكيله أو بعده.

وقال غيره: إذا قال الوكيل عن الذي وكله: أنه قبض المال لزم الموكل ذلك، وسقط عن خصمه إقراره؛ لأنه بمنزلة إقرار نفسه بما يلزمه سائر إقراره، وذلك فيما كان بعد توكيله، فأما إذا كان ذلك قبل توكيل لم يقبل قوله وإجازة شهادته، انظر الشفعة من «المدونة» و«الحديرية».

فإن سقط بعض هذه الفصول من توكيل الخصام لم يضر وكان وكيلاً فيما سمى خاصة، إلا قوله: «والإقرار والإنكار»، فإنه إن سقط ذلك من رسم التوكيل، اختلف في ذلك، فقال بعض الموثقين: ذلك مما لابد ولا يتم التوكيل على المخاصمة إلا به، وكان لخصمه أن يضطره إليه.

قال: وهذا هو المشهور، وبه جرى العمل، وكان أصبغ يجيزها دون ذلك ولا يردها، وإن لم يجعل إليه فيها إلا المرافعة خلاف ما ذهب إليه ابن العطار: أنه لا يقبل منه ذلك حتى يجعل إليه مع ذلك الإقرار والإنكار.

قال ابن رشد: وقد نزلت فقضى بها بألا يقبل إلا أن يحضر مع وكيله ليقر بما يوقفه عليه خصمه، أو يكون في وقت الحكم قريبًا من مجلس القاضي، انظر ذلك من آخر البضائع، وفي آخر «نوازل أصبغ» منه.

قال ابن عبد البر في «الكافي»: جرى العمل عنده على أنه إذا جعل الموكل إلى

---

(١) «الوثائق المجموعة» (ص / ٥١٨، ٥١٩).

الوكيل الإقرار لزمه ما أقر به عند القاضي.

قال ابن خويز منداد: إن تحصيل مذهب مالك: أنه لا يلزمه إقراره، هذا في غير المفوض إليه .

قال: وقد اتفق الفقهاء فيمن قال: ما أقر به على فلان فهو لازم لي، أنه لا يلزمه ، وحكى فضل عن أصبغ فيمن وَكَّلَ وكيلاً على مخاصمة رجل، وكتب في التوكيل: «أنه بمثابته» ، أو لم يكتب ذلك سواء لا يعدو الخصومة لا إلى صلح ولا إلى إقرار حتى ينص على ذلك إفصاحًا في الصلح والإقرار .

قال فضل: وأما من وَكَّلَ وكيلاً وكالة مفوضة كما تقدم في ذلك يجوز صلحه إذا كان ذلك نظرًا لموكل، وإن لم يسم الصلح، وَكَّلَ من وَكَّلَ على تقاضي دين أو خصومة أو على أمر يعينه وفوض إليه النظر فلا يجوز صلحه ، وإن كان نظر للموكل حتى ينص على ذلك فتأمل التوكيل المخصوص ولا يجوز به الصلح ، وإن فوض إليه فيه، ومتى لم يخصص شيئًا وإنما قال: فوض له في جميع أموره كلها على ما تقدم، فهذا يجوز له الصلح .

وإن كان الذي وَكَّلَ أبًا عن ولده الصغير أو ولده السفيه أو وصيا عن محجوره عقدت في ذلك: « وكل فلان ابن فلان عن ولده فلان الصغير في حجره، أو ولده فلان البالغ السفيه الباقي تحت حجره وولايته لتجديده الحجر عليه فلان الوصيّ عن يتيمه فلان الذي إلى نظره بإيصاء صحيح من قِبَل والده المذكور فلانا ابن فلان الفلاني على النيابة عنه في كذا».

تذكر ما وَكَّلَه عليه على نحو ما تقدم، وتكمل العقد على ما تقدم ، وتحرز أن تبيح للوكيل المذكور الإقرار ، وعن المحجور إذ ذلك لا يجوز ولا يلزم المحجور المذكور، وقد غلط في هذا بعض الموثقين ، وجعل في التوكيل عن المحجور الإقرار عن المحجور ، وهو غير صواب؛ إذ لا يجوز إقرار الوصي أو الأب على محجوره إلا فيما ولي فيه المعاملة بشرط بقاء نظره عليه حين الإقرار فتأمله.

وفي توكيل المقدم علــى محجوره خلاف، والمشــهور: أن ذلك لا يجوز إلا بإذن القاضي، وتــكتب في ذلك: «وكل عن إذن قاضي مــدينة كذا وهو فــلان أعزه ـ الله تعالى ـ وحرسهــا، فلانا ابن فلان الفلاني عن محجــوره فلان الذي إلي نظره بتقديم من قِبَل من يجب فلانا ابن فلان على كذا».

ثم تكمل ذلك الشيء الذي وَكَّلَه عليه إلى آخره، وتتم على ما تقدم ، ويأتي في باب الوصايا شيء من هذا المعنى فانظره هناك.

* * *

عقود السلف(١)

وهو القراض ،وهو جائز في كل شيء إلا في الجـواري، وتراب الفضة، وتراب المعادن .

فإذا أقرض الرجلُ الرجلَ، عقـدت في ذلك: « ترتب قبل فلان ابن فلان أو في ماله وذمته لفلان ابن فـلان كذا وكذا دينارًا من الذهب العين الوازن الطيب من سلف صحيح اعتـرف بقبضه منه أو قبضـه منه بالمعاينة يؤدي له ذلك في وقت كذا لا براءة [له](٢) من ذلك إلا بالواجب واعتـرف بملازمتـه بذلك وأنه لا يدعي فيه عـجزًا ولا عدمًا، وصـدقه في دعوى عدم الاقـتضاء تصديقًا مطلقًـا دون يمين تلزمه في ذلك، وبمحضر فـلان المذكور وموافقـته على ذلك، شهد به عـليهما بصـحة وجواز وطوع وعرفهما وفي كذا».

وإن كانت دنانير فضة ذكرت ذلك أيضًـا، وذكرت عددها ووزنها ووصفها، وإن كان قمـحًا أو شعيرًا أو طعـامًا أو مكيلاً أو موزونًا من سائر ذلك ذكـرته، وحصرت ذلك بالصفـة والكيل فيـما يكال والوزن فيـما يوزن ، والعدد فـيما يعـد، وإن كان القـرض في عروض لا تكال ولا تـوزن ذكرت ذلك وتضـبط من صـفة مـا يجب ، وذكرت مـوضع قبضه منه، وفـيه يقع الأداء وذكرت الأجل أيضًـا، وفي ذكر الأجل حسم للخلاف.

فإن وقع السلف على حميل، فإن كـان بالوجه، قلت: على أن حضر فلان ابن فلان وضمن لرب الدين المذكور إحضار وجه الغريم المذكور عند محل الأجل المذكور فإن أحضره عند الأجل برئ من ضمانه وإلا كان مأخوذًا بالدين المدين المذكور.

---

(١) انظر: «شـرح ابن عرفـة» (١ / ٢٩٧)، فإنه هناك سـاوى بين القرض والسلف كـما فـعل المصنف هنا.

(٢) زيادة من ج.

فإن لم يشترط الغريم إن لم يحضره، قلت بعد قولك: «برئ من ضمانه»، «وليس من المال في شيء» ثم تقيد الإشهاد عليه بذلك.

وإن كان الضمان بالمال، قلت بعد التاريخ: « على أن أحضر فلان ابن فلان الفلاني وضمن لرب الدين المذكور على الغريم المذكور أداء الدين المذكور عند محل الأجل المذكور ضمانًا صحيحًا لازمًا لماله وذمته ».

وإن وقع الضمان على خيار رب المال على أن يأخذ من شاء منهما ـ أعني: من الغريم أو الضامن ـ زدت في رسم الضمان بعد قولك: « ضمانًا لازمًا له»، «وذمته في جميع أحوال المضمون كلها من مغيب وحضور، وموت وحياة، وملاء وعدم»، ثم تكمل الإشهاد إلى آخره.

وإن أخذ في القرض رهنًا ، قلت: «ترتب قِبَل فلان ابن فلان في ماله وذمته لفلان ابن فلان كذا وكذا من سلف صحيح قبضه بالمعاينة يؤدي له ذلك في وقت كذا على أن رهن بيده في ذلك كذا وكذا»، تذكر الرهن، وإن كان دارًا أو أرضًا أو عقارًا بموضعه وحدوده على ما تقدم في البيوع، وإن كان مما يغاب عليه من العروض ذكرت صفته على ما تقدم، وإن كان حيوانًا وصفته بما لابد منه، ثم تقول: «رهنًا صحيحًا ممنوعًا من الفوت وأسبابه إلى انقضاء الأمد المذكور، فإن وَفَّاه دينه المذكور رجع إليه رهنه مطلقًا، وإلا كان بينهما موجب الشرع ومقتضاه، وتخلى له على الرهن المذكور تخليًا تاما، وبسط يده على حوزه بسطًا كليا وبمحضر رب الدين المذكور وموافقته على ذلك، وحاز الرهن المذكور من يد الراهن المذكور حوزًا تاما بمحضر شاهديه» ثم تقيد الإشهاد عليهما على ما تقدم.

وإن كان جعل له إن لم يُوَفِّه دينه عند انقضاء الأجل أن يبيع الرهن، قلت: «فإن لم يُوَفِّه دينه المذكور عند محل الأجل المذكور ، وإلا فقد جعل بيع الرهن المذكور ممن يرى وبما يرى من الثمن وقبضه والإبراء من بعد القبض، وإنصاف نفسه من ذلك، وله ما زاد ،وعليه ما نقص، وصدقه في البيع وأسبابه تصديقًا مطلقًا دون يمين تلزمه

في ذلك ولا مشورة قاض ولا سواه، وليس له عزله عن ذلك حتى يستوفي دينه».

ثم تقول: «وتخلى له عن الرهن المذكور وبسط يده على حوزه »، ثم تكمل العقد على ما مضى إلى آخره .

وإن كان الدين على اثنين أو على ثلاثة قلت: «ترتب قِبَل فلان وفلان وفلان وفي مالهم وذمتهم بالسواء بينهم والاعتدال لفلان ابن فلان كذا وكذا» وتمضي على ما تقدم، وإن كان الدين بينهم على المفاضلة فتقول: «كذا وكذا منه على فلان، ومنه على فلان كذا، ومنه على فلان كذا» وتمضي على ما تقدم.

وإن تحمل بعضهم عن بعض جاز ذلك إذا كانوا في الدين سواء فتقول: «قِبَل فلان وفلان وفلان وفي مالهم وذمتهم بالسواء بينهم والاعتدال وعلى حكم التضامن في جميع الأحوال لفلان ابن فلان الفلاني كذا وكذا»، وتمضي على ما تقدم ، هذا ضبط هذا الباب بتقريب.

بيان ما تقدم.

وقولنا: «قبل فلان في ماله وذمته» .

احترازًا مما يكون في يده وأمانته كالودائع والبضائع وما في معناهما.

وقولنا: «يؤدي له ذلك في وقت كذا».

صواب ؛لأجل ما ينشأ عند إسقاط الأجل من الخلاف، فإن سقط ذكر ذلك من العقد وتصادقا على إسقاطه ، فاختلف القرويون قيل: يحكم عليه بالحلول، وقيل: يقضي بالأجل.

وقال بعض الموثقين: ينظر فإن كان مضى لذلك قدر ما يعلم أنه انتفع بالسلف كان عليه رد ذلك ، وإن لم يمض له من المدة قدر ما ينتفع به لم يكن عليه أن يرده عليه حتى ينتفع ، وأما لو اختلفا فقال رب المال: حال، وقال الآخر : إلى أجل، لكان القول قول رب المال.

قال أبو إسحاق : مع يمينه؛ لأنه معروف فلا يؤخذ بغير ما أقر به.

وفي «كتاب محمد»[(١)]: ما لم يقر المقرض بشيء من الأجل.

والأشبه أيضًا أنه إن قال: أقرضني إلى شهر، وقال المقرض إلى نصف شهر، أن يكون القول قول المقرض؛ لأنه لا يؤخذ بغير ما أقر به بخلاف البيع، وقد تقدم حكم هذا إذا اختلف في منتهى الأجل، أما إن تقاررا أن القرض كان إلى شهر فادعى أحدهما حلوله، وقال الآخر: لم يحل، فالقول قول من قال: لم يحل مع يمينه؛ لأنه هو المدعى عليه.

و قولنا: «واعترف بملائه في ذلك».

فيه احتياط للمقرض؛ لئلا يدعي عند الأجل أنه عديم، فإن ادعى ذلك لم يقبل منه، هذا هو المشهور وعليه العمل إلا أن يأتي ببينة تشهد له، أن الجائحة طرأت عليه من سرقة أو احتراق منزل ، أو ما في معنى ذلك، أذهب من ماله ذلك القدر التزم ملازمته بذلك، وفي هذا خلاف انظره في باب شروط الإخدام فيما تقدم فقد أشرنا إليه هناك.

وقولنا: «وصدقه في دعوى عدم الاقتضاء... إلى آخره».

فيه أيضًا خلاف، هل يعمل هذا الشرط أم لا؟

فحكى أصحاب الوثائق في ذلك ثلاثة أقوال:

قيل: يعمل الشرط، **وقيل**: لا يعمل، **وقيل**: لا فرق بين المأمون وغيره.

وبعضهم يزيد في هذا الشرط: « بعد أن عرف اختلاف أهل العلم في ذلك، فأخذ بقول من قال بإعمال هذا الشرط»، وغمز هذا بعضهم ، وقال: ليس لهذا وجه، وليس لأحد المتحاكمين أن يقضي على نفسه بالاختلاف، وإنما ذلك للحاكم الذي يتحاكمان عليه.

---

(١) انظر: «النوادر والزيادات» (٦ / ٤١٩ ، ٤٢٠).

قال ابن العطار: وعقد التطوع بالتصديق بالسلف أحسن، فقد قيل: إن اشتراطه من السلف الذي يجر منفعة.

وقال ابن الفخار: إن كان التطوع به بعد السلف كان هدية مديان، وذلك لا يجوز ولا بعد عقد دين إلى أجل.

وقولنا: **«وبمحضر فلان المقرض المذكور وموافقته على ذلك»**.

صواب.

وقال بعض الموثقين: إن كان السلف حالاً أفردت المتسلف بالإشهاد ، ولا يحتاج إلى حضور المقرض، وفيه نظر؛ لأن فيه فائدة، فإن إسقاط حضوره يدخل عليه أن يقول المتسلف: لست أنت الذي أشهدت لك بالدين، فيقع في كلفة من إثبات عينه، إلا أن يكون المقرض مشهوراً فيستغني عن حضوره، وإن كان السلف مؤجلاً فلا يتم ذلك إلا بحضوره وموافقته على الأجل .

وقولنا: إن كان المقرض قمحًا أو شعيرًا أو عروضًا . . . إلى آخره.

لابد أن يحضر رب المال هذا الإشهاد ، وفيه فائدة أخرى؛ لئلا يدعي المقرض أن ذلك كان بيعًا منه بثمن يذكره فيجب له اليمين على المستسلف.

وقولنا: **«وتذكر موضع القبض»**.

لأن فيه يقع الأداء هذا مما لا بد منه لئلا يقع الخلاف بينهما، فإن سقط ذلك من العقد واختلفا فالقول قول الذي عليه الدين، لأنه غارم وقد تقدم شيء من هذا في السلم فانظره هناك.

وقولنا: **«إن كان السلف على حميل بالوجه، وتقيد ذلك... إلى آخره»**.

هذا هو حكم حميل الوجه أنه إن لم يأت بالغريم عند الأجل لزمه المال، إلا أن يشترط أنه ليس من المال في شيء، وقد تقدم.

وفي تقييدنا ذلك بالوجه أو المال بيان صواب إن أراد الوجه وبينته لزمه حكمه، وإن أراد المال وبينته لزمه حكمه ، فإن قال: «أنا حميل بفلان» فقط، ولم يبين الوجه

من المال فهذه هي الحمالة المبهمة التي اختلف فيها الشيوخ، فإن قال: أردت الوجه، صُدِّق، فإن لم تكن له بينة، فقيل: يحمل على المال، وقيل: يحمل على النفس .

قال ابن يونس: الصواب من ذلك: أن يكون على المال، لقوله عليه السلام: «**الزعيم غارم**»(١) ، ولأن حميل الوجه إن لم يأت به غرم المال، والأصل في الحمالة المال؛ لأنه هو المطلوب حتى يشترط الوجه، أو يقتضيه لفظهما، وأما إن اختلفا فقال الطالب: شرطت عليك الحمالة بالمال، وقال الكفيل: بالوجه.

وقد أحضر الغريم معدمًا، فينبغي أن يكون القول قول الحميل ؛ لأن الطالب يَدَّعِي اشتغال ذمته، فعليه البيان، ولأن الحمالة من المعروف ، والمعروف لا يلزمه منه إلا ما أقر به معطيه، فإذا أحضر الحميل الغريم برئ من ضمانه.

واختلف في موضعين: إذا لم يحضره ، وهل تسقط الكفالة إذا ثبت فقره؟

فقال مالك وابن القاسم: إذا لم يحضره غرم المال.

وقال ابن عبد الحكم: لا شيء عليه ، وإن أحضره، وهو فقير.

فقال مالك وابن القاسم: لا شيء على الحميل، وقد برئ من الحمالة .

وقال ابن الجهم: لا يبرأ إلا بوصول الحق إلى صاحبه.

فإذا غاب الغريم، وأثبت الحميل فقره فهل يبرئه ذلك أم لا؟

ففي ذلك قولان: قيل: يبرأ من أجل اليمين.

فقال ابن رشد: يبرأ.

---

(١) أخرجه أبوداود (٣٥٦٥)، والترمذي (١٢٦٥)، وابن ماجه (٢٤٠٥)، والطيالسي (١٢٢٤)، وعبد الرزاق (٧٢٧٧)، وسعيد بن منصور في «السنن» (٤٢٧)، وابن أبي شيبة (٢٠٥٦٢)، وأحمد (٢٢٢٩٤)، وابن الجارود في «المنتقى» (١٠٢٣) من حديث أبي أمامة رضي الله عنه.

قال الترمذي: حديث أبي أمامة حديث حسن.

وقال الألباني : صحيح.

وقال اللخمي: لا يبرأ، انتهى.

وقولنا: «إن كان السلف على حميل بالمال وتقييدنا الرسم على ما وقع».

صواب، وليس لرب الدين طلب الحميل إلا في غيبة الغريم أو فلسه على المشهور من قول مالك، وهو محمول على الملاء والحضور حتى يثبت مغيبه أو عدمه.

قال ابن رشد: اختلف قول مالك في الحميل بالمال، فقال مرة: المتحمل له بالخيار ويأخذ أيهما شاء بحقه، ومرة قال: إنه لا سبيل له إلى الحميل إلا في عدم الغريم وخالفه الحميل [وهو اختيار ابن القاسم، واختلف هل هذا القول إن ادعى الطالب عدم الغريم وخالفه الحميل؟](١).

فحكى عن سحنون في «نوازله»: أن القول قول المتحمل، وقال: وظاهره ما في سماع سحنون من «كتاب النكاح» (٢) أن الغريم محمول على اليسار.

وقد وقع في «المدونة»(٣) من قول مالك: إن كان الغريم غائبًا مليا أو مديانًا عديمًا حاضرًا فخاف الطالب إن قام عليه المحاصة فله اتباع الحميل إلا أن يكون للغائب مال يعدي فيه فلا يتبع الحميل.

قال بعض الشيوخ: لأن الأمر في ذلك يطول، فيضر به ذلك، فلذلك كان له اتباع الحميل.

وقال غيره بعد قول مالك: إلا أن يكون في تثبت ذلك، وفي النظر فيه بُعد فيؤخذ من الحميل.

قال ابن رشد في «الأجوبة»: قول الغير تفسير لقول ابن القاسم لا خلاف له وعلى ذلك حملناه عمن أدركناه من الشيوخ ، وبه جرى العمل؛ لأنه صحيح المعنى.

---

(١) سقط من أ.

(٢) «البيان والتحصيل» (٥ / ٣٤٢)، و«المقدمات» (٢ / ٣٨٠).

(٣) «التهذيب» (٤ / ١٧).

وقولنا: «إن وقع الضمان على خيار... إلى آخره».

هذا هو المشهور عن ابن القاسم في «المدونة» وغيرها ، وبه قال أصبغ.

ومرة قال: إن الشرط لا يجوز إلا في قبيح المعاملة أو ذي سلطان.

وقال ابن الماجشون، وابن كنانة، وأشهب: شرطه باطل، ولا سبيل له إلى الحميل إلا في عدم الغريم .

وقولنا: «إن كان السلف على رهن... إلى آخره».

وتفصيل الرهن إن كان دارًا أو عرضًا أو حيوانًا صحيح، وفائدته الضمان وغيره مما يأتي.

وقولنا: «ممنوعًا من الفوت وأسبابه» .

هذا مقتضى الرهن، أن الرهن ممنوع من بيعه أو صدقته أو غير ذلك مما يخرجه عن ملكه أو مما يؤدي إلى بيعه كالرهن وغيره، فإذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن، فقال في «المدونة»[1]: لم يجز بيعه .

وظاهره: كان ذلك قبل القبض أو بعده.

فقال عياض[2]: معناه : بعد القبض.

وقد فسره آخر المسألة بقوله: وهذا إذا بيع بإذن المرتهن، ولم يخرج من يده فجاء على وجوه المسألة كلها.

لو باعه قبل القبض، فقال في «المدونة»[3]: إن بعت من رجل سلعة على أن يرهنك عبده ميمونًا بحقك، ففارقته قبل قبضه، لم يبطل الرهن، ولك أخذه فيه رهنًا ما لم يقم عليه الغرماء فتكون أسوتهم.

(١) «المدونة» (٤ / ١٥١).

(٢) «التنبيهات» (٤ / ١٧٤٦).

(٣) «التهذيب» (٤ / ٦٨).

وإن باعه قبل أن يقبضه منه مضى البيع.

ثم قال آخر المسألة: لأن تركك إياه حتى باعه كتمليكك لذلك.

فقال عياض(١): تأمل قوله: «لأن تركك...» إلى آخره، يدل أنه لو لم يتراخ في القبض فبادر الراهن لبيعه لم يبطل الرهن ومضى البيع، وكان ثمنه رهنًا، وهو تأويل أبي محمد.

وقال غيره: لا يجوز هنا بيعه، ويرد ويبقى رهنًا، فإن فات كان ثمنه رهنًا، انظر عياضًا.

وقولنا: «كان بينهما موجب الشرعي، ومقتضاه».

هذا هو حكم الرهن، إن لم يوف دينه رفعه إلى الحاكم إن كان حاضرًا فقضى بينهما، وإن كان غائب كلفه إثبات دينه، وإثبات ملك الغريم لذلك، ومغيبه بحيث لا يعلم، وأنه لا مال له يؤدي منه ما عليه من الدين، وقد تقدم هذا في باب البيوع فانظره هناك، وقد تقدم الكلام على بعض فصول هذا الرسم فأغنى عن إعادته.

وقولنا: «فحضر فلان وقبض الرهن المذكور من يد الراهن المذكور قبضًا تاما».

فلو بقيت يد الراهن على الرهن مع القدرة على حيازته حتى فلس الراهن ومات بطل الرهن، واختلف إذا لم يفرط المرتهن في القبض حتى فلس أو مات، فقيل: يبطل لعدم الحوز، وقيل: يصح.

ولا تنفع الشهادة في حيازة الرهن إلا بمعاينة البينة كما تقدم في النص، لأن في تقاررهما على الحيازة إسقاطًا لحق غيرهما، ولو وجد الرهن بيد المرتهن بعد التفليس فادعى أنه قبضه قبل التفليس، وجحد ذلك الغرماء، لجرى ذلك على الاختلاف في الصدقة توجد بين المتصدق عليه بعد موت المتصدق فيدعي قبضها في صحة المتصدق، وفي «المدونة» دليل على القولين جميعًا.

---

(١) «التنبيهات» (٤ / ١٧٤٣).

فإذا كان داراً فالقبض أن يخليها صاحبها من نفسه وماله وأهله، ويقبضها المرتهن بمحضر بينة، ويقبض كراءها ويدفعه إلى الراهن، فإن أكراها الراهن وتولى قبض كرائها خرجت من الرهن.

وقبض العروض وحيازتها خروجها من يد الراهن، وقبض المرتهن إياها بمحضر بينة أيضًا.

وإن كان الرهن مما لا يعرف بعينه طبع عليه خوفًا من أن ينتفع به، ويرد مثله، فيكون سلفًا جر منفعة ؛ لأن رهن مالٍ بعينه قرض، وكذلك عارية فإن طبع عليه أمن من ذلك.

ولو كان الرهن جزءًا مشاعًا غير مقسوم من ربع أو حيوان أو عروض جاز، وقبضه أن يحوزه المرتهن دون صاحبه، هذا قوله في «المدونة»[1]، وظاهره: أن الراهن يملك جميعه.

ونقله ابن يونس[2]: وقبضه إن كان بيد الراهن، أو غيره أن يحوزه المرتهن ويكريه ويليه، والحوز في ارتهان ما يملك الراهن جميعه قبض جميعه، انظره.

ثم هذه الأشياء المرهونة على وجهين:

الوجه الأول: ما يظهر هلاكه ، ولا يخفى، كالعقار والحيوان، فهذا لا ضمان في ذلك على المرتهن.

الوجه الثاني: ما يخفى هلاكه، وهو مما يغاب عليه كالحلي والفضة والعروض، فضمان ذلك من المرتهن إلا أن تقوم له بينة بهلاكه، فلا يضمن، هذا هو القول المشهور، وعليه العمل واختلف في اليمين، ففي «العتبية»[3]: يحلف.

---

(١) «التهذيب» (٤ / ٤٧).

(٢) «الجامع» (٨ / ٢٥٤).

(٣) «البيان والتحصيل» (١١ / ٩٥).

وقال ابن يونس: يحلف لقد ضاع بلا دلسة دلسها فيه، وما يعلم له موضعًا منذ ضاع، ووجه يمينه مع ضمانه: تهمته على الرغبة في عينه، وذهب العتبي: إلى أنه لا يحلف، وقال: كيف يحلف ويضمن؟ ونحوه لمالك في هذا الفصل.

قال العتبي: إلا أن يدعي الراهن أنه أخبرني مخبر صدق على كذبه أنه رأى الرهن عنده، قائمًا يحلف على ذلك فحينئذ يحلف، وإلى هذا ذهب ابن لبابة.

واعترض هذا بعض الشيوخ فقال: هذه يمين توجب يمينًا موجودة في كتاب الله في قصة اللعان.

قال: مسألة اللعان مخصوصة بذلك بخلاف غيرها من البيوع، وغيرها من مسائل الفقه، فتأمله.

وقولنا: «وإن كان الدين على اثنين أو ثلاثة... إلى آخره، وتبين ما على كل واحد منهما، هل على السواء أو المفاضلة؟» .

صحيح، وقد أجازه ابن القاسم في كتاب السلم: إذا أسلم إلى رجلين على أن كل واحد منهما حميل بصاحبه، جاز إذا استوت شركتهما، وكذلك لو كانت سلعة بين رجلين فباعها على أن أحدهما حميل الآخر ، فاختلف في ذلك، فقيل: إن ذلك جائز ، وقيل: لا يجوز، فتأمله .

واختلف في القرض، فقيل: لا يجوز فيه ذلك.

وقال ابن أبي زمنين: يجوز إذا استوت الأنصباء.

وقال ابن عتاب في «طرره»: إذا باع رجل من رجل بدين على أن يضمن بعضهم بعضًا، وأن يأخذ من شاء منهم بجميع حقه، لم يصلح؛ لأنه غرر، ولا يدري كل واحد منهم ما يغرم قليل أم كثير .

وقد أجازه بعض الشيوخ، وقال: الأحسن عندي ألا يشترط ذلك في الصفقة، وأن يكون بعد تمامها في الطوع إن طاعوا له بذلك، وكذلك في السلف والتسليف،

وضمان الدرك في البيع، فإن كان ذلك خـرج من الخلاف إلى ما لا كلام لأحد فيه؛ لأنه إذا كان كذلـك لم يستوجب بضمـانه شيئًا ويكون كـمن تطوع بالضان إلى أجل معلوم.

وقال الأبهري: الحمالة بالجعل حرام؛ لأنها معروف، ولو قال الحميل: لا أتحمل لك به إلا أن تضع عنه أربعـة دراهم، لم يجـز؛ لأنه خرج عن المعـروف ودخل في باب المعـاوضات، انظر أول «كـتاب الشركـة»، في شركـة الذمم ، في شراء سلـعة معـينة، وفي «السلم الثـاني» في الرجل يسلم إلى رجلين على أن كل واحـد منهـما حميل بصـاحبه، وفي «البيـوع الفاسدة»، وكلام ابن رشد في «المـقدمات» على هذه النظائر وتأملها.

وفروع هذا الباب كثيرة ، وإنما نبهنا على مواضع الخلاف فانظرها.

وإن كان الدين من معاملة كتبت : «ترتب قِبَل فلان ابن فلان ، وفي ماله وذمته لفلان ابن فـلان كذا وكذا دينارًا ذهبًـا عينًا مطبوعًا، ثـمن كذا وكذا وسقـا من قمح ابتاعه منه، وقبضها باعـترافه أو بالمعاينة يؤدي له ذلك عند انقضاء كذا لا براءة له من ذلك إلا بالواجب»،وإن صدقه في دعوى عدم الاقتضاء قيدته على ما تقدم ، وكذلك إن اعتـرف بملائه بذلك، وإن كان ذلك على حـميل بالوجـه أو بالمال، أو على رهن قيدت ذلك على ما تقدم .

وتضمن حضور رب الدين وموافقتـه على ذلك، فذكرنا المعاملة التي وقع التبائع فيها بينهما حسن ، ولابد أن تذكر في النص قبض الغريم لذلك، فإن سقط ذكر ذلك من النص واكتفى بقوله: من معاملة وقعت بينهـما، فقال بعضهم: إذا لم يبين الوجه الذي وجب به العدد المذكور لزمه .

وقال بعضهم : لا يجوز حتى يبين أصل ما وقعت به المعاملة.

لأنهما قد يكون البـيع بينهما جائزًا وهو عند العلم غير جائز، فتـأمله، فذكر ما وقعت فيه المعاملة صواب.

وقولنا: «قبض ذلك منه».

أحسن.

لأنه إذا شهد بالدين ولم يذكر قبض ما وقع فيه المعاملة غير أنه قال: «من معاملة على ما تقدم»، أو قال: «ثمن كذا وكذا»، ولم يذكر قبض المبتاع لذلك، ثم طلب المبتاع البائع يدفع ذلك له، وتنازعا، وزعم البائع أن المبتاع قبض ذلك منه قبل الإشهاد على نفسه، وكان تنازعهما بقرب الإشهاد، فيحلف البائع أن المبتاع قبض ذلك قبل الإشهاد، ويبرأ، وله رد اليمين، وإن كان تنازعهما بعد طول فلا يمين على البائع، وإشهاد المبتاع بالدين براءة من دفع السلعة وفي ذلك خلاف.

وقولنا في فصل التصديق: ذكر بعض الموثقين: «أن ذلك لازم».

لا يختلف فيه كما اختلف في العرض فانظره، وبعضهم يزيد في النص: «**وفلان مُصَدَّق في الاقتضاء وفي جميع أسباب هذه المعاملة دون يمين**» وهو قولنا: «إذا ارتهن رهنًا» كما تقدم، ويقول: «فائدته لئلا يدعي عليه المبتاع أنه أنظره بعد حلول الأجل أو وهبه إياه أو غيره» ذلك من المعاني التي توجب عليه اليمين بادعائها، فإذا ذكرت هذا الفصل سقط عنه اليمين في جميع ما يدعيه في هذه المعاملة.

فإن شرط المرتهن في الرهن إذا كان الدين من معاملة الانتفاع بالرهن، فإن كان ذلك دارًا أو حانوتًا جاز، وإن كان أرضًا فإن كانت سقيا جاز لأمنها، وإن كانت بعلاً لم يجز؛ لأنه نقد في الأرض، فلا يجوز إلا مع الأمن كما تقدم.

وإن كان في الأرض شجرًا أو في الدار دالية أو شجرة وكانت تبعًا جاز اشتراطها على ما تقدم في الأكرية.

وإن كان الرهن ثوبًا وشرط لباسه، أو دابة واشترط ركوبها، جاز ذلك في قول ابن القاسم.

وفرق مالك في «المدونة» بين الرباع والأصول وبين الثياب والحيوان، إذ لا يدري كيف يرجع إليه، وفيه نظر، انظره في الرهن من «المدونة».

فإذا اشترط المرتهن منفعة الرهن كتبت في ذلك بعد ذكر الرهن وشروطه بعد

قولك: « وتخلى له عن الرهن المذكور تخليا تاما، وبسط يده على حوزه، وجعل له الانتفاع بالرهن طول المدة المذكورة»؛ لاتفاقهما على ذلك في أصل المعاملة، ثم تكمل العقد إلى آخره.

فقولنا: «لاتفاقهما على ذلك في أصل المعاملة».

لئلا يَدَّعِي الغريم أن ذلك كان بعد العقد، وأن حكمها حكم هدية المديان فتبطل، فإذا دفع الغريم ما عليه من الدين إلى ربه، وطلبه بالبراءة ،كتبت في ذلك بين أسطر الرسم: « قبض فلان المذكور رب دين فيه من غريمه فلان المذكور فيه جملة الدين المذكور فيه قبضًا تاما، وأبرأه من ذلك إبراء تاما فبرئ، شهد عليهما به في صحة وجواز وطوع وعرفهما، وفي كذا».

وبعضهم يزيد في النص حضور الغريم [المذكور وموافقته على ذلك، وإن كان الإبراء في غير رسم الدين كان حضور الغريم واكدًا][(١)]؛ لئلا يدعي الغريم بعد ذلك أن الذي أقر رب الدين بقبضه إنما كان سلفًا منه وأنكر الدين المذكور، فإن لم يقم رب الدين ببينة بالدين، وإلا حلف الغريم وأخذ ما أقر به رب الدين، وتكون الأجرة عليهما؛ لأن لكل واحد منهما في ذلك منفعة ، فأما الطالب فلما تقدم ذكره ، وأما الغريم فلبراءته من الدين، والأحسن أن يكون الإبراء على نسختين، نسخة بين كل واحد منهما، وقد ذكر بعض الموثقين للذي عليه الحق أخذ رسم الدين ويقضى عليه بتقطيعها.

وقال ابن العطار وغيره في «الواضحة»، وفي «كتاب الجدار»: قال المتيطي : وبه العمل.

وقال ابن عبد الحكم: لا تقطع ولا يجبر ربها على إعطائها ، ويجبر على أن يكتب له براءة في الرسم المذكور .

ونحوه في «وثائق الهندي»، وعلى هذا جرى عمل المتأخرين، ويأخذ الغريم منه

(١) سقط من أ.

نسخة.

قال: وأما الزوجة يدفع إليـها كالئها فليس عليهـا دفع الصداق لحق الزوجية من لحوق النسب وغيره، فتأمله.

ولو دفع له عن الدين عوضًا، وكان مما يجوز أخـذه عنه جاز، وكتبت: « قبض فلان ابن فلان من فلان ابن فـلان ثوبًا صفته كذا عوضًا عن الدين المذكور فـيه قبضًا تاما، ورضيـه عوضًا عن ذلك رضي صحيحًـا، وبمحضر فلان المذكور وموافـقته على ذلك، شهد به عليهـما معًا في صحة وجواز وطوع وعرفهـما، وعاين الدفع والقبض في المقبوض المذكور، وفي كذا».

وقولنا: «وعاين الدفع والقبض».

صحيـح؛ لأن شرط ما يؤخذ عن الدين التناجـز ، ولا يجوز في شيء من ذلك تأخير وقد تقدم هذا.

* * *

عقد حوالة(١)

ولو أحاله بذلـك على أحد جاز أيضًـا، وكتبت: « أحـال فلان ابن فـلان فلانًا بجميع الدين المذكور فيه الحال لأجله على فـلان ابن فلان لترتب مثله له، قبله حوالة صحـيحة قـبلها المحال المذكـور ورضي اتباع فلان المـذكور رضى تاما، وبقـبوله هذه الإحالة ورضاه بما سقط عن المحيل المذكور جـملة الدين المحال به المذكور سقوطًا تاما شهد عليهما به في صحة وطوع وجواز وعرفهما، وفي كذا».

فقولنا: «أحال فلان».

صوابًا؛ لأن الحوالة لا تصح إلا بلفظ الحوالة.

وقولنا: « الحال أجله».

هو أيضًا من شروط جواز الحوالة.

وقولنا: «لترتب مثله قبله».

هذا أيضًا في شروط جـواز الحوالة، وذلك أن تكون على أصل دين، وأن يكون المحال به من نوع الدين المحـال عليه، وأن يكون مـثله في الصفة والمقـدار ، والمحال عليه أقل .

وقولنا: «وقبله المحال».

هذا شرط في البراءة، فـحصل من هذا أن للبراءة بالحوالـة أربعة شروط: رضى المحيل والمحال ، وأن يكون بلفظ الحـوالة، وأن يكون على أصل الدين، ويزاد شرط خامس: وهو ألا يغره من عدم.

---

(١) قال ابن عرفة: الحوالة طرح الدين عن ذمة بمثله في أخرى . ا هـ. «شرح حدود ابن عرفة » (٣١٦/١) .

ولجوازها أربعه شروط: أن يحل الدين المحال به، وأن يكون الدين المحال به من نوع الدين المحال عليه، وأن يكون مثله في الصفة والمقدار، أو المحال عليه أقل.

الشرط الرابع: ألا يكونا طعامين من سلم أو أحدهما ولم معًا، انظر «المقدمات»[١] واستوعبها.

وأسقطنا من النص: « رضى المحال عليه».

قال صاحب «المجموعة»: لا يشترط في عقد الحوالة رضى المحال عليه، إلا أن يكون عدوًا له أو من تضر به حوالته عليه، فلا يجبر حينئذ على تمكنه من مطالبته، وقد زاد بعض الموثقين في النص: « وبمحضر المحال عليه فلان، وإقراره بها للمحيل».

قال بعض الشيوخ: كذا هي «المدونة» في مسألة من اكترى أو استأجر عبدًا له بدين له على رجل حَالّ أو مؤجل.

وروى أبو زيد [٢]، قال: لا تجوز الحوالة على غائب [٣]، فإن أحيل عليه لم يجز وفسخ حتى يقدم ، وإن كانت له بينة ، فإنه قد يكون للغائب من ذلك براءة، وفي المشتمل: لا تجوز الحوالة إلا على حاضر مقر .

* * *

(١) «المقدمات» (٢ / ٤٠٤).

(٢) انظر: «مواهب الجليل» (٥ / ٩٢)، وعزاه «للطرر».

(٣) وكذلك لا تجوز على ميت بعد موته ليأخذ من تركته. انظر: «أسهل المدارك» (٣ / ٢٣).

عقد تفاصل مجمل

تكتب في ذلك: « تفاصل فلان ابن فلان وفلان ابن فلان فيما بينهما، مفاصلة تامة، صحيحة مطلقة عامة آتية على كل دعوى، قاطعة لكل حجة لم يبق لواحد منهما قِبَل الآخر حق قليل ولا كثير ، ولا دعوى ولا حجة، ولا يمين، ولا وجه مطلب بوجه من الوجوه، ولا بسبب من الأسباب، وتساقطا فيما بينهما جميع الدعاوى، وعلق الأيمان وبينة السر والإعلان والاسترعاءات والاستحفاظات ، والاسترعاء في الاسترعاء والاستحفاظ في الاستحفاظ ما تكرر وتناهى إلى أبعد غاية وأقصى حد ونهاية، وعرفا قدره، وشهد به عليهما في صحة وطوع وجواز وعرفهما، وفي كذا».

وبعضهم يزيد في هذا النص وثيقة بعد هذه المفاصلة «قيام ببينة ولا بغيرها سواء كان عالمًا بها أو لم يكن عالمًا»، وإن سقط ذكر ذلك من العقد أعني: إسقاط البينة، وجب له القيام ببينة لم يعلم بها حين التفاصل بعد أن يحلف أنه لم يعلم بها، وتكون يمينه عند القيام بها، وقبل الحكم بشهادتهم.

وقولنا: «فمتى قام بعد أحدهما على صاحبه... إلى آخره».

قال بعض الشيوخ: إنما يرجع هذا إلى ما يتعلق بالذمة فيما سمى فيه وما لم يسم، فتأمل هذا في «مسائل ابن رشد».

وقولنا: «إنما تساقط الاسترعاءات».

اضطرب الشيوخ في تحصيل هذا الفصل.

فقال بعض الشيوخ: إذا استرعى أحد المتصالحين أو المتفاصلين حيث يجب له الاسترعاء ، وقال في استرعائه: إنه متى أشهد على نفسه بقطع الاسترعاء فإنما يفعل ذلك لإظهار حقه وليستجلب به إقرار خصمه، فيكون له حينئذ القيام بالاسترعاء،

ولا يضره ما انعقد عليه من إسقاط البينات، ونفعه الاسترعاء في هذا الوجه ، وإن لم يذكر في استرعائه : إنه متى أشهد على نفسه بإسقاط البينة المسترعاة فهو راجع عن ذلك قطع ما انعقد عليه، في كتاب «الصلح» من إسقاطه لها قيامه بالاسترعاء، وإذا قلت: إنه قطع الاسترعاءات في الاسترعاءات ثم استرعى، وقال في استرعائه: إنه متى أشهد على نفسه بإسقاط البينة المسترعاة، فإنما يفعل ذلك ليستجلب له إقرار خصمه، لم ينتفع بهذا الاسترعاء. انظر «المتيطي».

ونقل صاحب «المجموعة» قوله: إذ لا استرعاء في الاسترعاء.

وعلق صاحب «الطرز»، وقال الموثق في غير الوثائق: متى عقد على نفسه قطع الاسترعاء في الاسترعاء، وذكر في استرعائه: إنه إن قطع عن نفسه الاسترعاء والاسترعاء في الاسترعاء إلى أقصى نهاية، فإنما يفعله للضرورة إلى ذلك وأنه غير قاطع لشيء من ذلك كله، وراجع في حقه فله ذلك، ولا يضره ما أشهد به على نفسه من قطع ذلك كله.

فتأمل هذا الفصل مع ما قال ابن رشد في رسم قطع الشجر[1]: إنه لا يحتاج إلى قوله ما تكرر وتناهى.

* * *

(١) «البيان والتحصيل» (١٤ / ٣٩٥).

عقد صلح[1]

«وقع على إنكار المدعى عليه لما قام فلان ابن فلان على فلان ابن فلان، وأن له حظا وقدره كذا في جميع الدار التي بموضع كذا، ونازعه في ذلك فلان المذكور، ولم تقم للمدعي بينة بدعواه، وتوجهت اليمين على المدعى عليه فدخل بينهما من أصلح بينهما على الوجه الذي يذكر، وذلك بأن دفع فلان المذكور للمدعي المذكور كذا وكذا دينارًا فقبضها منه فلان المذكور قبضًا تاما بالمعاينة، على أن أبرأه من الدعوى المذكورة إبراء تاما».

وإن كانت الدعوى في دار زدت: «وسَلَّمَ له في الدار المذكورة ورفع نزاعه في الحظ المدعى المذكور تسليما تاما، ورفعًا كليا شهد المتصالحان المذكوران بما فيه عنهما، وهما بحال الصحة والجواز والطوع وعرفهما، وفي كذا» ويكون الرسم على نسختين واحدة بيد المدعي، وواحدة بيد المدعى عليه.

فقولنا: «ولم تقم للمدعي بينة... إلى آخره».

إذا وقع الصلح على الإنكار، ثم أقر المدعى عليه، أو قامت عليه بينة، أما في الإقرار فلا يختلف فيه، وأما إن وجد بينة بعد الصلح لم يعلم بها، فله القيام ببقية حقه، وإن كان الذي صالح عالم ببينته في حين الصلح فلا قيام له بها، ولو كانت غائبة يخاف موتهم أو إعدام الغريم فلا حجة له في ذلك، ولو شاء تربص.

وروى أصبغ عن ابن القاسم[2]: إن كانت بينته غائبة بعيدة جدا، وأشهد إنما صالحه لذلك فله القيام.

قال بعض القرويين: وينبغي ألا يختلف في هذا إذا أعلن بالشهادة ، كما لو قال

(١) قال ابن عرفة: «الصلح: انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه» اهـ. «شرح حدود ابن عرفه» (١ / ٣١٤).

(٢) «النوادر والزيادات» (٨ / ١٧٣)، و«التهذيب» (٣ / ٣٣٠).

للحاكم: بينتي غائبة بعيدة الغيبة، فإذا قدمت بينتي قمت بها، فإنه يحلف، ثم له القيام ببينته إذا قدمت، وأما إن لم يشهد على الغريم بذلك وإنما أشهد أنه إنما يصالحه لغيبة بينته فهذا يدخله الاختلاف، قيل: ينفعه، وقيل: لا ينفعه.

وكذلك إن صالح ولم يعلم ببينته ثم علم فقيل: ينفعه، وقيل: لا ينفعه.

وكذلك إذا صالح وهو عالم ببينته، فقيل: ليس له القيام بها، وقيل: له ذلك.

واختلف فيمن يقر في السر ويجحد في العلانية، فصالحه، وأشهد أنه إنما صالحه لغيبة بينته، فإذا قدم قام بها، قيل: له ذلك إذا علم أنه كان يطلبه ويجحده، وقيل: ليس له ذلك.

ولم يختلف فيمن صولح على الإنكار ثم أقر، ولا فيمن صولح على الإنكار، وذكر ضياع صكه، ثم وجده بعد الصلح أن له القيام في الوجهين.

فتأمل هذه الوجوه، وتدبر هذه المسائل، وانظر ابن يونس في «كتاب الصلح».

فلو كانت الدعوى من وصيٍّ عن محجوره أو من أب عن صغار ولده، وأبكار بناته، وأنكر المدعى عليه دعوى الناظر، ثم صالح الوصي أو الأب المدعى عليه على شيء يأخذه منه، أو كانت الدعوى من الأجنبي على المحجور، فصالح الناظر المدعى على شيء يعطه إياه عَقَدْتَ ذلك أيضًا كما تقدم، غير أنك تبين أن أحد المتعاقدين عاقد على ولده أو على محجوره وتمضي في النص على ما تقدم.

وإن ضمن الشهود السداد في الصلح كان حسنًا، وإن سقط ذلك من العقد لم يضر سقوطه، ولم يخل به، وذكره أحسن وأتم، قاله ابن العطار وابن الهندي وغيرهما، وهو ظاهر قول ابن القاسم في «سماع أصبغ» في «كتاب الدعوى والصلح»: إن صالح الوصي على اليتيم الذي إلى نظره فيما طلب له من حق أو طولب به في أن يأخذ بعض حقه الذي يطلبه له، ويضع بعضه إذا خشي ألا يصلح له ما ادعاه، وبأن يعطي من ماله بعض ما طلب به إذا خشي أن يثبت عليه جميع ما طولب به، أن ذلك كله جائز وهو له.

في «النوادر»[١] خلاف ما حكى ابن حبيب في «الواضحة» عن ابن الماجشون: من أنه يجوز له أن يصالح عنه فيما طلب له من حق بأن يضع بعضه، ويأخذ بعضه، ولا يجوز له أن يصالح عنه فيما طولب به ببعض ذلك.

قال ابن رشد: والصواب: أن لا فرق بين الوجهين كما ذهب إليه ابن القاسم.

وقولنا في النص: «وأنكر ذلك المدعى عليه».

فلو أقر المدعى عليه بصحة دعوى المدعي وبقاء الحق عليه، أو بقاء ملكه على ادعائه من الدار، ثم تصالحا على شيء يأخذ المدعي أو يعطيه المدعى عليه، فحكمه حكم البيوع سواء لا فرق، وتكتب في ذلك ما تقدم إلى قوله: «فأنكره»، فتقول: «عوضًا منه فوافقه على ذلك كله موافقة تامة وأقر له ببقائه في ذمته، وعلى ملكه إلى الآن، ثم إن فلان المدعى المذكور عليه كذا وكذا ديناراً قبضها منه فلان المذكور قبضًا تاما على أن أبراه من الدعوى المذكورة إبراء تاما، وأسقط عنه الطلب بها، والقيام بسببها إسقاطًا أبديا، وسلم له في الدار المذكورة تسليمًا تاما، ورفع يده عنها رفعًا كليا، ولم يبق له فيها حق بوجه ولا بحال» ثم تقيد الإشهاد عليهما كما تقدم، فإذا وقع الصلح على هذه الصفة كان قاطعًا لدعواه، ولا يجوز فيه إلا ما يجوز في البيوع، فهذان وجهان ، الصلح على الإنكار ، والصلح على الإقرار، وقد تقدم حكمهما.

القسم الثالث،: الصلح على السكوت.

فأما الصلح على الإقرار فيدخله ما يدخل في البيوع من صحة وفساد، وكذلك الصلح على إقرار وإنكار مختلط، كالمقر ببعض الحق وهو منكر لبعضه.

مثاله : أن يدعي على رجل طعامًا من بيع ودراهم ،فاعترف له بالطعام وأنكر الدراهم ، فصالحه من دعواه على طعام، أكثر من طعامه أو طعام مؤجل، أو اعترف له بالدراهم، فصالحه على دنانير مؤجلة ،أو دراهم أكثر من دراهمه، وحكم الصلح

---

(١) «النوادر والزيادات» (٨ / ١٧٣ ـ ١٧٤).

على السكوت حكم الإقرار .

وأما الصلح على الإنكار المحض فاختلف فيه على ثلاثة أقوال:

الأول: يعتبر فيه ما يجوز على دعوى المدعي ، وعلى إنكار المنكر ، وعلى ظاهر الحكم.

الثاني: يعتبر في ذلك ما يجوز على دعوى المدعي، وإنكار المنكر دون ما يوجبه الحكم.

والثالث: إنما يعتبر في ذلك أحد شيئين: ما يجوز على دعوى المدعي، أو ما يجوز على إنكار المنكر، فالأول لمالك، والثاني لابن القاسم، والثالث لأصبغ .

ومثال هذه الوجوه الثلاثة مُحال على كتب الفقه، ولسنا نطول بذكرها، وقد يأتي في كلامنا الإشارة إلى شيء منها فتأملها .

وقولنا: «فيما وقع به الصلح قبض ذلك المدعي».

صواب، وكذلك لو وقع الصلح بعرض أو مكيل أو موزون، ولو كانت الدعوى مثلاً في دنانير فصالحه على أقل منها إلى أجل فهو جائز؛ لأنك حططته وأخذته، فلو كانت الدعوى في دنانير فصالحه بدراهم نقدًا جاز، ولو كانت إلى أجل ، أو صالحه بعرض إلى أجل ، أو كانت الدعوى في عرض فصالحه بخلافه إلى أجل لم يجز؛ لأنه فسخ دين في دين، أو صرف مستأخر، وإن كان المدعى عليه منكرًا؛ لأن ذلك لا يجوز في حق المدعي، وإن كان جائزًا في حق المنكر، هذا هو الوجه الثاني فتأمله.

وقد قال في غير «المدونة» (١): لا يجوز أن يصالحه من مائة على خمسين إلى أجل إذا كان المدعى عليه منكرًا؛ لأنه سلف جر نفعًا.

قال بعض القرويين: لأن المدعى عليه تجب عليه اليمين، وله ردها على المدعي وكأنه قال له المدعي: لا تحلفني وأنا أؤخرك سنة بخمسين وأحط عنك خمسين، فهو

---

(١) هو في «المدونة» (٣ / ٣٧٨)، و«تهذيب التهذيب» (٣ / ٣١٨).

سلف جر نفعًا .

هذا هو قولنا باعتبار ما يوجبه الحكم، وهو الوجه الأول، ومذهب ابن القاسم في الوجه الجواز ؛ لأنه جائز على قوليهما جميعًا، فلو أن المدعى عليه لما أنكر المدعي في دعواه أقام المدعي بينة بدعواه فادعى المدعى عليه الخلاص من الدين، أو ادعى الاستبراء من القائم، وأقام بينة أو لم يقم بينة، وأراد تحليف القائم، فهل يقبل ذلك منه أم لا؟

فبين الشيوخ في ذلك خلاف، فمنهم من قال: إن الإنكار يضره، ولا تقبل دعواه الخلاص من الدين والاشتراء في أملاك، ولا يمين على المدعي، ومنهم من قال: لا يضره ذلك.

قال الباجي[١]: والذي وقع من قول الفقهاء أن الإنكار لا يضر المنكر في الأصول.

قد روي عن ابن القاسم، وهو مذهب أحمد بن عبد الله وغيره من أهل العلم. ومذهب أهل قرطبة: أن الإنكار في الأصول والديون سواء يضرهم، وهو قول. ابن العطار في «وثائقه».

هذا إذا وقع الإنكار صريحًا لا قوله: لا شيء لك قبلي والدار ملكي ومالي، وهذا يأتي مستوفي في باب الأقضية ـ إن شاء الله تعالى ـ فانظره هناك.

* * *

(١) «فصول الأحكام» (ص / ١٦٢).

عقود الاستحقاق(١)

ولو كان هذا القائم يدعي دارًا في يد رجل أو بعضها، أو يدعي عبدًا أو أمة أو عرضًا، وأنكر ذلك المقوم عليه، وأتى القائم ببينة تشهد بدعواه، فتكتب في ذلك: «يعرف شهوده فلان ابن فلان الفلاني عينًا واسمًا، معرفة صحيحة تامة، ويعلمون له وبيده ، وعلى ملكه جميع الدار التي بموضع كذا من مدينة كذا، وتتصل بكذا ما يعلمونه باعها، ولا بيعت عليه ولا وهبها ولا فوتها ولا فوتت عليه ولا خرج ملكه عنها حتى الآن في عملهم، وقيدوا بذلك شهادتهم مسؤولة منهم في كذا».

فإذا ثبت هذا الرسم ، وأقر الخصم بالحدود استغنيت عن الحيازة، وأعذرت في ذلك له، وإلا فلابد من الحيازة، وتكتب في ذلك على ما مضى في باب البيوع سواء.

ولو كان للمدعى فيه حظ شائع من دار ذكرته وفسرته، إن كان ربعًا أو ثلثا أو ما كان، وإن كان عبدًا أو أمة أو عرضًا ذكرته أيضًا، وتكتب فيه كما تقدم، غير أنك تقيد الإشهاد على عين ذلك، فتقول: « وقيدوا بذلك شهادتهم على عين العبد أو الأمة أو العروض»، فإذا ثبت الرسم في هذا، وحِيزت الدار في الرسم الأول أعذر في ذلك للمطلوب فيه وافق على صحته ، كتبت في أسفل الرسم: « أشهد فلان ابن فلان وهو الملقى بيده الدار المذكورة أعلاه أو العبد أو الأمة أو العرض المذكور فوقه أنه وافق على صحة الرسم المذكور، موافقة صحيحة تامة، ورفع نزاعه فيه واعتراضه، رفعًا كليا، شهد عليه به في صحة وجواز وطوع وعرفه، وفي كذا».

فإذا ثبت هذا حكم للقائم بالدار وحلف فيما عدا الرباع، وتكتب في ذلك: «حلف عن إذن قاضي الجماعة بمدينة كذا وهو فلان «أعزه الله تعالى وحرسها» فلان

---

(١) قال ابن عرفة: «الاستحقاق: رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله أو حُرِّية كذلك بغير عوض». ا هـ. «شرح حدود ابن عرفة» (١ / ٣٥٣).

يمين الاستحقاق الواجبة عليه في شأن ما شهد له به في الرسم فوقه على عين الشيء المستحق وبمحضر الملقى بيده حلفًا تامـا مستوفي حيث يجب ، وكما يجب، وبنص ما يجب وبمحضر شـاهديه، ولما تم حلفه المذكور حكم له من ذكر بنفوذ الاستحقاق في المستحق المذكور، حكمًـا أبَتَّه وأنفذه وأمضاه بعد تقضيـة الواجب في ذلك، شهد على إشهاد من ذكر حفظه الله بما فيه عنه، وباكتـفاء الرسم فوقه الاكتفاء التام، وهو بمجلس نظره وموضع حكمه وقضائه، من حيث ذكـر من أشهده الحالف بيده المذكور بما فيه عنهما، وهما بحال الصحة والجواز والطوع وعرفهما وفي كذا».

ولو كان المقوم عليه لما قام المـدعي عليه بما ثبت له من الملك المدعى فيه نازع في الرسم المذكور وادعى فيه مدفعًا كتبت في ذلك : « أشهد فلان ابن فلان الفلاني وهو الملقى بيده الدار المذكورة أو الشيء المستحق أنه غير [موافق][1] على ما تضمنه الرسم فوقه، وأن له فيه المدفع والمقال» ثم تكمل العقد إلى آخره على ما تقدم .

* * *

---

(١) سقط من أ.

عقد تلوم

« [تلوم][١] عن إذن قاضي [الجماعة][٢] بمدينة كذا وهو فلان - حفظه الله تعالى وحرسها - [على فلان فيما تأجل فيه في رسم الأجل المقيد أعلاه ثلاثة أيام من عند تاريخه تقتضيانه لحجته واستبلغا في الإعذار إليه وتلوم فلان المذكور التلوم المذكور، وهو بحال كمال الإشهاد وعرفه وعرف الإذن في ذلك وفي كذا».

فإذا انتهى بذلك إلى القاضي أجَلَّه في المدفع في الرسم المذكور على ما يقتضيه نظره ويؤدي إليه اجتهاده، وله أن يجمع ذلك ويفرقه وتكتب في ذلك][٣]: «تأجل عن إذن قاضي الجماعة بمدينة كذا وهو - فلان أعزه الله تعالى وحرسها- فلان ابن فلان المذكور فوقه أو بمحوله فيما ادعاه من المدفع في رسم الاستحقاق المذكور، أجل مبلغه كذا».

فإن جمع له الأجل قلت: «بعد عدد الأجل أجلاً صارمًا لا أجل بعده، والتزم الأجل المذكور عن إذن من ذكر شهد على إشهاد من ذكر بما فيه عنه من أشهده المتأجل بما فيه عنه في صحة وطوع وجواز وعرفه وفي كذا» ، وإن فَرَّقَ عليه الأجل كتبت الأجل الثاني والثالث كما تقدم، وفي الأخير تذكر أن الأجل صارم.

وإن دخل في ذلك التلوم قلت: «لا أجل بعده ولا تلوم، فإذا انقض الأجل وانصرم ولم يأت هذا المقوم عليه بشيء ، وعجز عما تأجل فيه أعجزه الحاكم لعجزه وأنفذ عليه الحكم، ورفع يده عن الدار، وحكم بها للقائم المذكور بعد ثبوت ما تقدم رسمه من الاستحقاق وأعذار وآجال».

وتكتب في ذلك : «لما انصرم الأجل المذكورة على فلان المذكور فوقه ولم يأت

---

(١) في أ: تأجل.

(٢) زيادة من ج.

(٣) سقط من ج.

في أثناء الأجل فيما تأجل فيه بشيء يوجب له حكمًا وثبت ذلك كله لدى من يجب بواجب الثبوت ،وأعذر فيه للمقوم عليه المذكور، فلم يكن عنده فيما أعذر إليه فيه مدفع ولا مقال وأنهى ذلك كله إلى قاضي مدينة كذا، وهو فلان - أعزه الله تعالى وحرسها- وسأل منه القائم المذكور النظر له في ذلك بواجب الحق، واقتضى نظره الموفق السديد من تعجز فلان لعجزه وحكم لفلان ابن فلان ابن فلان بجميع الشيء المستحق المذكور ، ورفع يد فلان عنه رفعًا كليا حكمًا أنفذه ، وأمضاه وأوجب العمل بمقتضاه، شهد على إشهاد من ذكر بما فيه عنه من حكم وثبوت من أشهده القائم والمقوم عليه بما فيه عنهما، وهما بحال الصحة والجواز والطوع وعرفهما ، وفي كذا».

هذا القدر كاف في رسوم الاستحقاق لمن نظر فيها وتأملها، ولنرجع إلى فصول ما تقدم مما لابد منه؛ إذ فروع الاستحقاق كثيرة فلو كان هذا القائم لما قام على المدعى عليه ادعى كل واحد منهما أن ذلك الشيء فيه بيده عقل ذلك عنهما وأمرهما معًا بالإثبات ، فلو أقام كل واحد منهما بينة أن ذلك الشيء بيده، فإن اتفقا في التاريخ جرى ذلك على حكم الملك ، وإن اختلفا في التاريخ فنقل أبو إسحاق وابن محرز عن أشهب: أن اليد للتاريخ المتأخر ، واعترضه أبو إسحاق، وقال: فيه نظر، ورجحه ابن محرز فانظرهما.

ولو كان لما قام هذا القائم ادعى ذلك لأبيه أو جده أو لمن صار له ذلك بسببه، بإرث أو شراء أو صدقة فلابد من إثبات الوراثة، فإن أفردتها عن الاستحقاق فتكتب في ذلك: «يعرف شهوده فلان ابن فلان الفلاني عينًا واسمًا معرفة صحيحة تامة، ويعلمونه توفي فورثته زوجه فلانة وبنوه منها فلان وفلان وفلان، ومن غيرها فلان وفلانة ، لا وارث له سواهم في علم شهوده، وقيدوا بذلك شهادتهم في كذا».

وإن كان في ذلك تناسخ ذكرته، وقلت بعد عدد ورثة المتوفى: «ثم توفي فلان المذكور فورثه بنوه أو أخواته أو من كان»، وكذلك إن كان ثم موت ثالث ورابع، وإن

أدرجت ذلك في رسم [الاستحقاق المذكور قلت: «هذا رسم][١] الاستحقاق ولا خرجت من ملكه بوجه من وجوه الفوت كلها إلى أن توفي فورثته زوجه فلانة وبنوه» وتمضي على ما تقدم إلى آخره، وإن شئت بدأت بالوراثة ، فتقول: « يعرف شهوده فلانًا ويعلمونه توفي».

فإذا تمت الوراثة قلت: « ويعلمونه له وعلى ملكه كذا» وتمضي على ما تقدم، فإذا تم رسم الاستحقاق فتقول: «ولا يعلمون لأحد من الورثة تفويتا في ذلك حتى الآن في علمهم» ثم تقيد الإشهاد على ما تقدم، وهذا إذا تم رافع للنزاع لما وقع بين الموثقين في ذلك من النزاع .

قال بعض الموثقين: لابد أن تقول في الوثيقة: « لا يعلمون فلانًا فَوَّتَ شيئًا من ذلك إلى أن توفي» وإن سقط من العقد لم يتم انتقال الملك إلى الورثة، ولا صحت لهم وراثة الملك ،وإن قال: «ذلك في القائم الآن» كان أتم، وإن سقط من العقد تمت الشهادة، فذكره في حق الميت شرط صحة، وذكره في حق الحر شرط كمال.

قال بعض الشيوخ: إن سقط من العقد: «لا يعلمونه فوت شيئًا من ذلك».

فقال ابن عتاب: إن في إعمال هذه الشهادة اختلافًا، فمن الفقهاء من يرى ترك إعمالها مع بقاء الشهود وحياتهم وإعمالها عند فقدهم.

وقولنا: «مالاً من ماله، وملكًا خالصًا له».

صواب، فلو اقتصر الموثق على قوله : «ملكًا له»، فهل يحكم له بها أم لا؟

فقيل: هي شهادة تامة.

وقال ابن عتاب: إن كان الشهود لهم نباهة فهي شهادة تامة، وقيل: ليست بشهادة، انظر « ابن سهل»[٢] .

---

(١) سقط من أ.

(٢) «الإعلام بنوازل الأحكام» (ص/ ٤٣)،ونقل المصنف هنا لكلام ابن عتاب إنما هو بالمعنى.

وقولنا: «ما باع ولا وهب».

صواب، وقال في الشهادات من «المدونة»[١]: فمن شهدت له بينة بدابة أو غيرها أنه لا يعلمونه باع ولا وهب حلف أنه ما باع ولا وهب، ويقضى له.

فأمضى هنا شهادتهم ولم يقولوا : لا نعلمه باع ولا وهب، ولا قال : يعادون ويستفسرون وفي «شهادات المغرب» عن أشهب: أن هذه الشهادة إنما تمضي إذا لم يوجد سبيل إلى سؤالهم، وأما إن حضروا وسئلوا فأبوا أن يقولوا: «لا نعلمه باع ولا وهب» فشهادتهم باطلة، ومثل هذا شهادتهم في الموت والوراثة لابد أن يزيدوا : «ولا نعلم له وارثًا غيره»، ولا يشهدون في هذا، والأول إلا على العلم لا على البت خلافًا لما في «كتاب ابن حبيب».

قال ابن رشد[٢] : لابد من شهادة الشهود بالملك على البت، وأما الزيادة على ذلك بأنهم لا يعلمون باع ولا وهب، فهو من كمال الشهادة.

ومما ينبغي للقاضي أن يوقف الشاهد على ذلك ويسأله عنه ، فإن أبى أن يزيده في شهادته بطلت، ولم يصح الحكم بها، وإن قصر القاضي عن توقيف الشهود على ذلك وسؤالهم حتى ماتوا أو غابوا، حكم بشهادتهم مع يمين الطالب، إذ لا يصح للشاهد أن يشهد إلا مع غلبة الظن أنه لم يبع ولم يهب، فهي محمولة على الصحة، انظر رسم من الاستحقاق.

وقولنا في فصل الحيازة المتقدمة: «هذه الدار التي حوزناها لكم وعيناها بمحضركم».

صواب ، وإن لم يقولوا ذلك جهلاً منهم ومن الموجهين معهم لم تتم الشهادة والحيازة.

وقولنا عند فصل الإعذار : « إلى الخصم» .

إن أنكر ونازع في الرسم وضرب الاجال، فإن كان ساكنًا في الدار وطلب القائم

(١، ٢) «البيان والتحصيل» (٩ / ٤٦٩).

إخلاءها أجله في الانتقال منها ثلاثة أيام ، وكتبت الأجل على ما تقدم إلا الشيء المتأجل فيه فتقول: « في إخلاء الدار المذكورة أجلاً مبلغه ثلاثة أيام»، ثم تكمل العقد على ما مضى ومنع الملقى بيده من الحرث إن كانت أرضًا تحرث.

قال بعض الموثقين: بعد أن يثبت عند القاضي أن هذا الشيء المستحق بيد المطلوب.

وقولنا في رسم الأصل: «فيما ادعاه من الدفع».

كاف، وبعضهم يقول في حل الرسم أو في معارضته: «أجلاً مبلغه كذا وكذا» ، وكل ذلك سائغ ، وأن الإعذار إنما يقع في شهود رسم الاستحقاق خاصة.

وفي «وثائق ابن العطار»: وعلى ذلك مضى صاحب «الوثائق المجموعة»: أن القاضي يعذر في الشهود الذين ثبت بهم الأصل، وفي الشاهدين الموجهين للحيازة.

وقال [القاضي أبو الوليد](١) **ابن رشد**(٢): لا ينبغي أن يعذر في الموجهين للحيازة؛ لأنهما بمنزلة القاضي وليسا بمنزلة شاهدين؛ لأن القاضي لو بعث في الحيازة واحدًا [أجزأه](٣).

وقولنا: «ومنع الملقى بيده من الحرث إن كانت أرضًا تحرث، وإن كانت دارًا أراه أخليت» .

هذه هي العقلة، وقد اضطرب الشيوخ فيها، وفي محلها، وكثر تأويلهم .

فقال بعض القرويين: العقلة في الدار بالقفل، يوجه القاضي شاهدين بمحضر الحائزين إلى الدار، ويعقلان ما حيز بمحضرهما إلا أن يأتي النظر عليه.

وأما محلها فاختلف الشيوخ في تحصيلها، وذلك أن الأندلسيين اختلفوا في وقف

---

(١) زيادة من ج.
(٢) انظر: «تبصرة الحكام» (١ / ٢٠٠).
(٣) سقط من أ.

الرباع وعقلها بالشاهد الواحد، فذهب ابن لبابة وغيره: إلى أن ذلك لا يكون إلا بشاهدين ، وتأولوه على قول ابن القاسم.

وذهب عبد الله بن يحيى وأبو صالح في آخرين: إلى أنها تجب بالشاهد الواحد، وذكر مثله أيضًا ابن لبابة.

وروي عن سحنون، وتأولوه عن ابن القاسم في «العتبية».

فإذا ثبتت العلقة ثم هلك الشيء المستحق قبل تمام الحكم وقبل نفوذ الحكم، هل يكون ضمان ذلك من المستحق أو من الملقى بيده؟

قال ابن رشد[١]: اختلف في الحد الذي يدخل به الشيء المستحق في ضمان المستحق وتكون له الغلة، ويجب به التوقيف على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه لا يدخل في ضمانه ، ولا تجب له الغلة حتي يقضى له به ، وهو قول مالك في «المدونة»[٢]: أن الغلة إنما هي للذي في يده حتى يقضى بها للطالب .

وعلى هذا القول لا يجب توقيف الأصل توقيفًا يحال بينه وبينه ، ولا توقف غلته وإنما يوقف وقفًا يمنع من الأحداث فيها.

القول الثاني: أنه يدخل في ضمانه، وتكون له الغلة، ويجب توقيفه وقفًا يحال بينه وبينه إذا ثبت له بشهادة شاهدين، وهو ظاهر قول مالك في «الموطأ»[٣] ، وقاله غير ابن القاسم في «المدونة».

الثالث: إنه يدخل في ضمانه ، وتكون له الغلة، ويجب التوقيف بشهادة شاهد واحد، وهي رواية يحيى في «كتاب الدعوى والصلح»، انظر «المقدمات»[٤].

فلو سلم هذا المقوم عليه حين قام عليه رسم الاستحقاق في شهود الأصل .

---

(١) «البيان والتحصيل» (١١ / ١٤٢).

(٢) «المدونة» (٤ / ٤٣)، و«التهذيب» (٣ / ٦٠٢).

(٣) «الموطأ» (٢ / ٦١٣).

(٤) «المقدمات» (٢ / ٥١٠).

وقال : لا مدفع له فيهم وادعى المدفع في شهود الحيازة، فقيل: له في ذلك المدفع، ويؤجل ويكون الحكم بعد التنجيز ، وإلى هذا ذهب محمد بن إسحاق، وقال غيره: لا يباح له المدفع في ذلك ويقضى عليه بتسليمه الأصل، انظر «أحكام ابن حدير».

فإن أقام المطلوب بينة تشهد له بالاعتمار على عين القائم قبض ما تكتب في ذلك: « يعرف شهوده فلان ابن فلان الفلاني بعينه واسمه معرفة صحيحة تامة ويشهدون بأنه لم يزل يعتمر الدار التي بموضع كذا مدة من عشرة أعوام، أولها كذا على عين فلان ابن فلان ، وهو حاضر عالم لا ينكر ذلك عليه طول المدة المذكورة ، ولا يعترضه في ذلك ولا ينازعه، وقيدوا بذلك شهادتهم مسؤولة منهم في كذا».

فإذا ثبت هذا الرسم على نصه، وحاز شهوده الدار المذكورة بمحضر شاهدين على ما تقدم ، ولم يكن المعتمر قريبًا للقائم ولا مصاهرة بينهما، وعجز القائم عن المدفع في ذلك، بطل ما أثبت القائم من الملك إن ادعى المقوم عليه أنه ابتاع ذلك من القائم أو ممن صار له ذلك إليه بسببه ويحلف على ذلك، فإن ادعى في ذلك صدقة أو هبة كُلِّفَ إثبات ذلك، ولا ينفعه طول الاعتمار ، وقيل: حكمه حكم الابتياع سواء.

وقال بعض الشيوخ: الصواب أن لا فرق بين ذلك وبين البيع؛ لأن دلالة العرف لا تفرق بين الانتقال بالبيع وبينه بالهبة والصدقة.

وقولنا في الاعتمار: «مدة من عشرة أعوام».

على هذا درج الحكام، وبه مضى العمل انظر «ابن أبي زيد»(١).

وقال سحنون: لما أمر الله سبحانه نبيه محمدًا ﷺ بالقتال بعد عشر سنين كانت أبلغ شيء في الإعذار.

وذكر ابن المسيب وزيد بن أسلم أن النبي ﷺ قال: «من حاز شيئًا عشر سنين فهو

(١) «النوادر والزيادات» (٩ / ٩).

له»[1].

قال ابن يونس: والتسع والثمان وما قارب العشر هو مثل العشر.

قولنا: حضر عالم.

زاد في «المدونة»[2] أو يهدم أو يبني.

ثم قال آخر: فإن كان هذا المدعي حاضرًا فرآه يبني أو يهدم أو يكري فلا حجة له، قالوا: معناه يهدم صحيحًا ليوسع فيه أو يبني غيره، وأما الهدم لما يخشى سقوطه فلا ينقل الملك فتأمله.

وقال أبو محمد في «رسالته»[3]: حاضر عالم .

قال بعض الشيوخ: أي: عالم بمعلومين بتصرف الحائز وبأنها ملكه.

وفي «الوثائق المجموعة» : إلا أن يكون وارثًا ويدعي أنه لم يعلم فيحلف ويقضى له.

وانظر لو قال: علمت ولم أجد ما أقوم به حتى [وجدت][4] الآن ما أقوم به، هل يعذر أم لا؟

يتخرج الخلاف من مسألة: من اشترى حرة فوطئها وهي عالمة بأنها حرة.

فقال ابن القاسم[5]: لا حد عليها.

والأبهري يقول: عليها الحد.

---

(١) أخرجه ابن وهب في «الموطأ» (٢١٤)، وأبو داود في «المراسيل» (٣٩٤) وهو مرسل كما ترى .

(٢) «المدونة» (٤ / ٣٨٨).

(٣) «الرسالة» (ص / ١٣٧).

(٤) سقط من أ.

(٥) «المدونة» (٤ / ٥٠٩)، و«التهذيب» (٤ / ٤٠٩).

فعلى قول ابن القاسم: ينفعه أن يقول: خفت أن أرفع إلى الحاكم فيعجزني ويبطل حقي، فانظره.

وقولنا: ولو أن المقوم عليه أقام بينة على السماع أنه أو أباه أو جده ابتاع ذلك من هذا القائم [أو ممن يَدَّعي القائم][(١)] أنها صارت إليه بسببه منذ مدة طويلة انقطعت بذلك حجة القائم، واختلف في حد الطويل: فأقلها خمس عشرة سنة، وهو ما يبيد فيه الشهود، فإذا انصرمت الآجال ولم يأت المقوم عليه بحجة، وعجزه كتبت في ذلك على ما تقدم إلى آخره.

ولا يمين في الاستحقاق في الرباع ، على هذا درج أصحاب الأحكام، قالوا: لا يمين على مستحق الأصول بخلاف غيرها من سائر العروض والحيوان، هذه إن استحقت لابد من يمين، ولا يقضي للمستحق حتى يحلف أنه لم يبع ولم يهب ولم يزل ملكه عن شيء من ذلك، كما تقدم.

وكان سحنون يوجب اليمين في الأصول، ولو كان القائم غائبًا لم يجز عليه [شيء][(٢)]، ولا حيازة على غائب.

قال ابن حبيب عن مطرف: إذا حزت على رجل أرضه أو داره، فإن لم يعلم فهو على حقه إذا قدم، وإن طالت الحيازة قربت غيبته أو بعدت، وهو على أنه لم يعلم حتى تقوم البينة بعلمه ، فتنقطع حجته إن كان قريب الغيبة كالخمسة أيام ونحوها، إلا أن يأتي بوجه يعذر بمثله، والسبعة أيام والثمانية طول من الغيبة وعذر لترك القيام، وإن علم بما حيز عليه لم يضره ، وذكره مالك. انظر ابن يونس.

هذا حكم الحيازة بين الأجانب، وأما الأقارب والأصهار والموالي، فمن علمت منه المشاحنة وقلة المسامحة كانوا كالأجنبيين، ومن علمت منه المسامحة في مثل ذلك إلى تلك المدة أو أشكل أمره كان على حقه وإن طالت السنون. انتهى الكلام في الاستحقاق ، وقد بقيت أمور كثيرة ليس هذا موضع ذكرها، أو يأتي شيء من هذا المعنى في باب الأقضية إن شاء الله تعالى.

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

عقود: الصدقات، والهبة، والأحباس، والعواري

عقد صدقة الأب على ولده الصغير في حجره: « تصدق فلان ابن فلان الفلاني على ولده الصغير في حجره وتحت ولاية نظره ،بجميع الدار التي بموضع كذا، وحدها كذا، بمنافع ذلك ومرافقه وكافة حقوقه كلها الداخلة فيه، والخارجة عنه صدقة صحيحة بتة تامة بتلة ،صرمها من ماله وأبانها عن ملكه ، وصيرها مالاً وملكًا لولده فلان المتصدق عليه المذكور، قصد بذلك وجه الله العظيم وثوابه الجسيم، وحاز ذلك لولده المذكور بما يحوز به الآباء لصغار بنيهم ، إلى أن يبلغ مبلغ القبض لنفسه وبالحوز لصدقته، وعرف قدر ذلك وشهد به عليه في صحة وطوع وجواز وعرفه، وعرف صغار الولد المذكور»، وإن زدت كون الدار ليست بدار سكناه كان أتم.

وإن كانت الصدقة على بكر في حجره ذكرت ذلك، وإن كانت على اثنين أو ثلاثة ذكور ذكرت ذلك، وإن كان فيهم إناث ذكرت كيف يقتسمون ذلك، هل على السواء أو على المفاضلة؟ وإن تصدق على ولد كبير مالك أمر نفسه، أو على أجنبي ذكرت ذلك ، ولابد من الحيازة.

ويشترط في الحيازة ما تقدم في الرهن فافهم ذلك.

فقولنا: «على ولده الصغير».

احتراز من المالك أمر نفسه.

وقولنا: «بجميع الدار».

احتراز من أن يبقي لنفسه فيها شيئًا أو جزءًا.

وقولنا: «صدقة صحيحة».

احتراز من شرط فاسد يقترن بالصدقة، كمن تصدق على رجل بصدقة أو وهبه هبة على أن ينفق عليه، انظرها في «كتاب النفقة» ، وفي «السلم الثاني»: إذا باعه

دارًا على أن ينفق على البائع حياته[١].

وفي آخر الحبس[٢] : من أعمر رجلاً دارًا على أن عليه حرمتها، وفيه أيضًا إن أعطاه رقبتها على أن ينفق على ربها.

وفي كتاب الصدقة[٣]: فيمن وهب نخلاً واستثنى ثمرتها لنفسه عشر سنين ، فإن كان الموهوب يسقيها بمائه فهو فاسد.

فهذه نظائر حكمها في الفساد واحد، فتأملها.

انظر إن شرط عليه ألا يبيع ولا يهب.

قال في «المدونة»[٤]: لم يجز إلا أن يكون سفيهًا أو صغيرًا فيشترط ذلك ما دام في ولاية فيجوز.

وقد حكى اللخمي فيها أربعة أقوال: فحكى ما في «المدونة»، وحكى عن ابن القاسم في «العتبية»[٥]: أكرهه ، فإن نزل مضى على شرطه.

وقال في «كتاب محمد»: يخير الواهب، فإن بتلها وإلا نقضت.

قال أشهب: ذلك جائز.

وحكى ابن يونس[٦] **عن ابن وهب**: الشرط باطل والهبة جائزة.

وحكى ابن رشد[٧] **فيها خمسة أقوال**، انظرها في رسم إن خرجت من «سماع عيسى».

---

(١) «التهذيب» (٣ / ٣٧)، وقال فيه: «ومن اشترى دارًا على أن ينفق على البائع حياته لم يجز، فإن وقع وقبضها المبتاع واستغلها كانت الغلة له بضمانه...». ا هـ.

(٢) «التهذيب» (٤ / ٣١٢).

(٣) «المدونة» (٤ / ٤٣١).

(٤) «التهذيب» (٤ / ٣٥٣).

(٥) «البيان والتحصيل» (١٣ / ٤٤٠).

(٦) «الجامع» (٦ / ٣٣٨).

(٧) «البيان والتحصيل» (١٣ / ٤٤٠).

وقولنا: «بتة بتله».

صحيح، وهو احترازا من أن يبقي لنفسه فيها انتفاعًا ببيت فيها أو استثنى غلة الحائط مدة ، أما إذا استثنى سكنى بيت منها مدة معلومة أو بقية عمره فإذا مات لحق بالصدقة جاز، وتعقد في ذلك على ما تقدم ، فإذا فرغت من حدود الدار قلت: «عدا البيت القبلي أو الغربي فإنه استثنى سكناه لنفسه مدة من كذا أو حياته، فإذا انقضت المدة أو توفي المتصدق لحق هذا البيت بالصدقة وجرى مجراها» ثم تكمل العقد، فإذا كان استثنى المستثني من الدار الثلث فأدنى جاز وإلا بطل ، وأما مسألة النخل فانظرها آخر الصدقة من «المدونة».

وقولنا: «وحاز ذلك لولده الصغير».

على هذا مضى أكثر الموثقين ، وأنكر هذا بعضهم، ورأى أن السكوت عن هذا أحسن؛ لأن السُّنة قد أحكمت أنه القابض لولده الصغير، فلو كان الولد كبيرا لم يكن الأب حائزا ولابد من الحيازة كما تقدم ، فإن تصدق على صغير وكبير فلم يقبض الأجنبي حتى مات المتصدق والواهب، فذلك باطل كله ، هذا قوله في «المدونة»(١).

فقال الأشياخ: أي: لم يقبض الأجنبي جميع الصدقة، ولا يصح بقاء يد الأب مع الأجنبي، إذ ليس ذلك في المشاع إلا على ما في «كتاب محمد»، انظر «كتاب أبي إسحاق».

وقولنا: «وعرف صغر الابن».

صواب، وفيه احتياط للولد، فإن سقط ذلك من العقد، ففي ذلك قولان قيل: القول قول الابن : إنه كان صغيراً، وقيل: هو على الحالة التي هو عليها الآن.

وقولنا: «وعرف قدره» .

(١) «المدونة» (٤ / ٤٢٨).

ظاهر كلامهم : أنه لا يحتاج هذا إلى القيد، وأنه لا يحتاج في رسوم التبرعات المعرفة بقدر ما تصدق به أو وهبه أو أعمر ، وبعضهم قال: لابد من ذلك.

قال: وهو الصواب، وهو مذهب أكثر الموثقين .

وقد قال في «كتاب الهبات»[1]: إن وهب مورثه من فلان، وهو لا يدري كم هو ربع أو سدس، أو وهبه نصيبه من دار أو جدار، ولا يدري كم هو، فذلك جائز، والغرر في الهبة لغير الثواب يجوز لا في البيع.

وحكى ابن يونس[2] **عن أبي محمد أنه قال:** أعرف لابن القاسم في غير موضع: أن هبة المجهول جائزة، وقاله ابن عبد الحكم ، وإن ظهر له أنها كثيرة بعد ذلك ، فأطبق أهل المذهب أن هبة المجهول جائزة، وهل هي لازمة أم لا؟؛ لأن هنا محلين الجواز واللزوم.

قال ابن رشد [3] **عن بعض المتأخرين:** معنى ما في «المدونة»: إذا عرف قدر الميراث فالهبة جائزة، علم نصيبه من ذلك أو جهله، وإذا جهل قدر الميراث، فالهبة باطلة، عرف نصيبه من ذلك أو جهله.

قال: وهذا غير صحيح، إذ لا فرق في حقيقة القياس بين أن يجهل قدر المال، أو قدر نصيبه منه، فينبغي أن يجوز في الوجهين جميعًا، إلا أن يكون ظن أن ذلك أقل مما ينكشف له في الوجهين، فيحلف على ذلك، ولا يلزمه على قول ابن القاسم، ويلزم على قول ابن عبد الحكم.

وقولنا: «إن زدت كون الدار ليست بدار سكناه» .

حسن، فإنه إن كانت دار سكناه أو أرضا يحرسها أو جنة يعمرها فلابد من الإخلاء ومعاينة الحوز كالأجنبي سواء، وإن سقط ذلك من العقد، ولم يعلم هل

---

(١) «التهذيب» (٤ / ٣٣٤).

(٢) «الجامع» (٦ / ٣٦٠).

(٣) «البيان والتحصيل» (١٣ / ٤٢٣).

كانت دار سكناه أم لا، أما إن علم أنها ليست بدار سكناه، أو علم أنها دار سكناه فلا إشكال في الوجهين، فإن جهل حالها، فقيل: هي محمولة على أنها دار سكناه، قاله ابن رشد في هبات «العتبية».

وقيل: إن على من ادعى أنها دار سكناه البينة، قاله أبو صالح، وابن لبابة، وابن وليد. انظر « ابن سهل»(١).

فإذا صحت الحيازة في الصدقة وأعراها له من غيره سنة، ثم عاد الأب إليها بعد السنة فلا بأس بذلك، ويكريها الأب من نفسه، وقيل: حتى تمضي السنتان.

وفي «كتاب محمد» : أنه متى رجع إليها، ولو بعد السنين الطويلة فإنها تبطل.

وعلى القول الأول العمل، ولو كانت الصدقة بجزء من ملك عقدت فيه كما تقدم، ثم انظر فإن كان المتصدق لا يملك في الدار غير ذلك الجزء، جرى ذلك على ما تقدم في الصغير والكبير، ولو أبقى لنفسه فيها جزءًا ؛ [فإن كان المتصدق عليه كبيرًا فأجاز ذلك مالك ومن ذهب بمذهبه، وكانت يده مع يد المتصدق وهو القول](٢) المعمول به.

وقال غيرهم: لا يجوز إذا كان للمتصدق في الدار شرك، فلو كانت الصدقة على صغير فاختلف في ذلك قول مالك، فمرة قال: ذلك جائز، ومرة قال: لا يجوز.

وقولنا: «إذا كانت الصدقة على جماعة من ولده وفيهم الذكر والأنثى، وأنه لابد أن تذكر صفة القسم بينهم».

فإن سقط ذلك من العقد، قال ابن الهندي: ذلك على السواء حتى ينص على التفاضل، وكذلك يكون في الهبات وسائر العطايا، وفي الحبس خلاف ليس هذا موضع ذكره.

---

(١) «الإعلام بنوازل الأحكام» (ص / ٥٥٦).

(٢) سقط من أ.

فلو كانت الصدقة بدنانير أو بدراهم أو بشيء لا يعرف بعينه، وكان المتصدق عليه كبيرًا فلابد من الحيازة بالمعاينة كما تقدم.

ولو كان المتصدق عليه صغيرًا فمن تمام حيازة ذلك أن يدفعه المتصدق لمن يحوزه للصغير بمحضر بينة تعاين الدفع والقبض، فإن جعل ذلك في صُرَّة وطبع عليه وختم بمحضر بينة ، ورفع الصُّرَّة عند نفسه، ووجدت على تلك الحالة بعد موته، فلا يجوز ذلك، ويكون ميراثًا، هذا قول ابن القاسم وروايته عن مالك، وبه أخذ أصحابه المصريون، وبه الحكم ، وعليه العمل.

وقال ابن الماجشون وأصحابه المدنيون: ذلك جائز ،ورواه عن مالك، ونحوه في «الموطأ».

ولو كان الشيء المتصدق به دينًا على غريم، وكان المتصدق عليه ممن يحوز لنفسه، جازت الصدقة إذا جمع بينه وبين غريمه، ودفع له ذكر الحق ، فإن كان لم يكتب عليه ذكرًا .

فقال ابن القاسم(١): إذا أشهد له وأحال عليه فهذا قبض.

فإن كان الغريم غائبًا فأشهد له به، وأحاله عليه فهو قبض.

قال ابن أبي زمنين: إذا أشهد له بذلك، وإن لم يدفع له ذكر الحق فذلك جائز إذا قبل ذلك المتصدق عليه، ولو تصدق بالدين على ابن له صغير، وأشهد بذلك فالصدقة جائزة إن قبضه الأب بعد ذلك، وكان عنده إلى أن مات، وأخذ ذلك من ماله؛ لأنه قد حيز حين كان على الغريم.

ورواه أشهب وابن القاسم عن مالك.

فلو تصدق بالدين على من هو عليه، فإن كان الدين بعقد دفع إليه العقد بمحضر البينة ومشاهدتهم لذلك، وإن كان الدين بغير عقد، فإن قبل ذلك الموهوب والمتصدق

---

(١) «التهذيب» (٤ / ٣٤٨).

عليه فهو جائز.

واختلف إذا سقط من العقد ذكر القبول؟

فقال ابن القاسم: لا تصح الهبة.

وقال أشهب: لا يحتاج إلى ذكر القبول، وكون الدين عليه هو أعظم الحوز.

فذكر القبول في الصدقة والهبة أحوط.

هذا حكم الصدقة على الجملة، وكذلك الحكم في الهبة سواء، ولا فرق بينهما إلا في بعض المسائل:

فمنها: أن الهبة تعتصر والصدقة لا تعتصر .

ومنها: أن الصدقة إذا وقعت دلت على أن القصد بها غير الثواب ولا يصدق على أنه أراد الثواب إلا أن يشترطه، فتخرج عن كونها صدقة إلى باب المعاوضة ، كما قالوا فيمن تصدق على رجل بدار على أن ينفق عليه حياته فهي معاوضة ، وإن كانت الترجمة ترجمة الصدقة ، وكذلك الصدقة لا تعتصر[1] إلا أن يشترط في صدقته ذلك فله شرطه.

وأقاموا ذلك من مسألة «المدونة»، وهو قوله :من تصدق بصدقة على ثواب فهي كالهبة.

وقال ابن العطار، وأبو عمر: فإذا أردت عقد هبة كتبت: «وهب فلان ابن فلان الفلاني لفلان ابن فلان الفلاني جميع الدار التي بموضع كذا، وحدودها كذا ، بمنافع ذلك ومرافقه، هبة صحيحة بتة بتلة، قبلها فلان المذكور قبولاً تاما بمعاينة شاهديه» فإن كانت الهبة لوجه الله تعالى، قلت بعد ذكر الهبة: صحيحة قصد بها وجه الله تعالى وجزيل ثوابه والدار الآخرة»، ثم تقيد، وإن قصد بها الثواب قلت: « هبة

---

(١) قال ابن عرفة: «الاعتصار: ارتجاع المُعْطِي عطية عِوَض لا بطوع المُعْطَى» ا هـ. «شرح حدود ابن عرفة» (١ / ٤٢٧).

صحيحة قصد بها الثواب من الموهوب» ، ثم تكمل العقد، فإن العقد عن بيان كونها ثواب أو أنها لوجه الله تعالى ففي ذلك تفصيل، إذ الهبة على ثلاثة أوجه:

يراد بها وجه الله تعالى ، ويبتغى عليها الثواب منه.

والثاني: أن يريد بها وجه الناس ليحمدوه ، فهذا لا أجر له في الدنيا، ولا ثواب في الآخرة.

والثالث: أن يريد بها الثواب من الموهوب، ثم إن هذا القسم الثالث على ثلاثة أوجه:

الأول: أن يهب على ثواب يرجوه ولا يسميه، ففي هذا الوجه يكون الموهوب له مخيرًا ما كانت الهبة قائمة لم تفت بين أن يثيبه ما يكون فيه وفاء بقيمتها أو يردها عليه، ولا تجب عليه القيمة إلا بالفوت.

واختلف في الفوات الذي يلزم الموهوب القيمة؟

قيل: بالقبض ، وقيل: بحوالة الأسواق، وقيل: الزيادة والنقصان خاصة.

الوجه الثاني: أن يهبه على ثواب يشترطه ولا يسميه، فقيل: إنه كالهبة التي يرى أنه أراد بها الثواب، وقيل: إن ذلك لا يجوز؛ لأنه قد باع منه السلعة بقيمتها، قاله ابن الماجشون، والأول قول أصبغ، وهو مذهب ابن القاسم.

الثالث: أن يهب على ثواب يسميه ويشترطه، فهو بيع من البيوع يحله ما يحل البيوع، ويحرمه ما يحرم البيوع.

فإن وهب هبة مطلقة ولم يذكر فيها ثوابا ولا غيره ، ثم قال : أردت الثواب، فإن كان له دليل على ذلك صُدِّق ، وإن كان هناك دليل أنه لم يرد الثواب لم يصدق ، وإن أشكل الأمر لم يكن له شيء.

واختلف في ذوي الأرحام، فقال ابن القاسم في عطية ذي رحم لرحمه كالجد والجدة والأخ والعم والعمة: إن علم أنه أراد الثواب، فإن أثابوه وإلا رجع في هبته،

وما علم أنه لم يرد ثوابًا مثل الغني يصل قرابته الفقراء لم يصدق، وهذا قول ابن القاسم في «المدونة»(١) ، ولم يذكر الحكم إذا عدم، هذان دليلان من الواهب والموهوب، انظر «اللخمي».

واختلف في الثواب بين الزوجين على ثلاثة أقوال:

الأول: أنه لا يصدق أنه أراد الثواب إلا أن يَظْهَرَ من صورة الحال ما يدل على صدقه، وهو نص قوله في «المدونة»(٢).

الثاني: لا يصدق ولا يكون له ثواب إلا أن يشترطه.

الثالث: أنه يصدق وإن يظهر ما يدل على صدقه كالأجنبيين.

قالوا : هذا فيما عدا مهر الزوجة إذا وهبته فلا ثواب لها باتفاق، وسواء كان أصلاً أو عروضًا؛ لأن أصله من قبله نحلة، ويختلف في الثواب بين الولد ووالده على الاختلاف في الزوجين ، وجمعه ابن رشد في «المقدمات» مع الزوجين ، وحكى الثلاثة الأقوال المتقدمة، انظره هناك.

فإن وهب الأب لولده أو تصدق عليه ، وشرط الاعتصار، أو حبس وشرط الاعتصار، لجاز ذلك، وتعقد في ذلك بعد ذكر الهبة والصدقة والحبس على ما يأتي: «وشرط الأب المذكور في صدقته أو هبته الاعتصار على سنته وسبيله» ثم تكمل العقد على ما مضى في النص، فإن وقع شرط الاعتصار فلا إشكال، وإن أسقط لم يكن له أن يعتصر في الصدقة.

وأما الحبس فإن كان بمعنى الصدقة لم يعتصر ، وإن كان بمعنى الهبة يكون سكنى أو عمرى إلى شهر أو شهرين فإنها تعتصرها هذا ما لم يصرح بشرط الاعتصار في الحبس، فإن اشترطه فلا إشكال، وأما الهبة فيراعى في الاعتصار فيها أربعة أوجه:

(١) «التهذيب» (٤ / ٣٥٩).
(٢) «التهذيب» (٤ / ٣٥٨).

أحدها: من له الاعتصار من أب أو أم أو جد أو جدة.

الثاني: هل تعتصر بعد فواتها؟

الثالث: ما يتعلق بها من حق غير الموهوب له من غريم أو زوج أو زوجة .

الرابع: الوقت الذي يعتصر فيه من الصحة والمرض، فإن كانت الهبة من الأب والابن غني وهي قائمة لم يتعلق بها حق لغريم أو زوج أو زوجة ، والمعطي والمعطى صحيحان جاز الاعتصار، وهذه جملة متفق عليها، انظر «اللخمي».

* * *

عقد حبس(١)

اعلم أن عقود الأحباس لا تنحصر ولا تنضبط ، وحسبك إرادة المحبس وقصده، ولنذكر رسمًا مثالاً لما تريد عقده: « حبس فلان ابن فلان الفلاني على ولده فلان الصغير في حجره وتحت ولاية نظره، جميع الدار التي بموضع كذا، وحدودها كذا، بمنافع ذلك ومرافقه ،حبسًا صحيحًا دائمًا مستمرًا ينتفع بذلك الولد المذكور طول حياته ومدى عمره، فإن مات الولد المذكور رجع ذلك حبسًا مؤبدًا وقفا مخلدًا في وجه كذا، قصد بذلك وجه الله العظيم وثوابه الجسيم، وحاز ذلك من نفسه لولده المذكور، وعرف قدره، وشهد عليه به في صحة وجواز وطوع وعرفه وفي كذا».

وإن كان الحبس على كبير مالك أمر نفسه ذكرته ولابد من ذكر الحيازة على ما تقدم من شرطها في الصدقة والهبة.

وإن كان الحبس على كبير وصغير فكما تقدم في الصدقة.

وإن كان على ولده كلهم صغار، وفيهم الذكر والأنثى بينت كيف يكون القسم والانتفاع بينهم.

وكذلك إن دخل الأعقاب في الحبس لابد من ذكر بيان القسم بينهم، فإن سقط ذكر القسم ، فقال ابن العطار: إذا لم يشترط في الحبس تجزئة السواء أو للذكر مثل حظ الأنثيين، فيكون على الأعيان بالسواء، وفي الأعقاب يؤثر الأحوج فالأحوج فما فضل عن الأحوج كان للغني ، فإن استووا في الغنى كان بينهم على السواء.

وفي دخول ولد الولد مع الأعيان من قول مالك اضطراب ليس هذا موضع

---

(١) قال ابن عرفة: «الفقهاء بعضهم يُعَبِّر بالحبس، وبعضهم يُعَبِّر بالوقف، والوقف عندهم أقوى في التحبيس، وهما في اللغة لفظان مترادفان، يقال: وقفته وأوقفته، ويقال: حبسته، والحبس يطلق على ما وقف، ويطلق على المصدر، وهو الإعطاء، وكذلك في العرف الشرعي». ا هـ. «شرح حدود ابن عرفة» (١ / ٤١٠).

ذكره، وإن سقط ذكر المرجع بعد انقراض الأعيان أو الأعقاب فقد وقع اختلاف قول مالك في «المدونة» ، وتحصيل ما في «المدونة» ونحوه في «كتاب محمد»: إذا قال: هذه الدار حبس صدقة ، أو صدقة حبس على قوم بأعيانهم أو بغير أعيانهم، فإنها ترجع بعد انقراضهم حبسًا على فقراء أقارب المحبس، وإن قال: صدقة سكنى لي معينين أو مجهولين فإنما ترجع بعد انقراضهم إلى صاحبها ملكًا، وإن قال :صدقة، ولم يقل: حبسًا على معينين وسماهم ، ومعناه : ما عاشوا، فإنها ترجع بعد انقراضهم حبسًا ، وإن قال: حبس، ولم يقل: صدقة، وهم مجهولون: فإنها ترجع بعد انقراضهم حبسًا أيضًا، وإن كانوا معينين فاختلف فيها قول مالك(١)، فمرة قال: ترجع حبسًا، وقال مرة: ترجع ملكًا، فافهم افتراق هذه الوجوه وتحرز في عقدك فيها، وتعين المرجع إلى من يكونوا بعد المعينين أو المجهولين، فإن تقادم [الحبس في مدة](٢) يبيد فيها الشهود واحتيج إلى ثبوته بالسماع عقدت في ذلك: « يشهد من يسمى عقب تاريخه أنه لم يزل يسمع سماعًا فاشيًا مستفيضًا على ألسنة أهل العدل وغيرهم أن جميع الدار التي بموضع كذا، وحدها كذا، محبسة على بني فلان، وأنها لم تزل تحاز بما تحاز به الأحباس، وتحترم بحرمتها، وقيدوا بذلك شهادتهم مسئولة منهم في كذا ».

وقولنا: «على ألسنة أهل العدل وغيرهم».

صواب .

قال صاحب «المجموعة»: إن سقط ذلك من النص فليست بشهادة.

وزعم بعضهم أنه إذا كان ذلك في العقد فليست بشهادة، على السماع وإنما هي شهادة على شهادة فلابد من تسمية العدل الذي سمع منه .

وقولنا: «تحاز بما تحاز به الأحباس وتحرم بحرمتها».

صواب أيضًا ، وظاهره : أنه عطف على السماع، فقد وقع لابن رشد في

(١) «المدونة» (٤ / ٤١٩)، و«التهذيب» (٤ / ٣٢٢).

(٢) سقط من أ.

«الجديرية»: أنهم إذا لم يشهدوا بذلك إلا على السماع فليست بشهادة عاملة، فإن سقط ذلك من العقد فوقع في «الوثائق المجموعة»: أن ذلك غير ضار للشهادة .

وقال ابن عات في «طرره»: رأيت في بعض الكتب: أنه إن سقط من هذا العقد المعرفة فإنها تحاز بما تحاز به الأحباس وتحترم بحرمتها، خلاف ما وقع ههنا، ونسب الأول إلى بعض أصحابنا، ونسب الثاني إلى قول الموثق، [وقول](١) الموثق [أحسن](٢) فتأمله، فإن الخلاف ظاهر، والله أعلم.

وحكى عن ابن العطار هذا القسم بعينه ويعرفونها تحاز بما تحاز به الأحباس وقد وقع في «المدونة»(٣): أنا لم نزل نسمع أن هذه الدار حبس تحاز بجوز الأحباس، فانظر هل عرفها أنها تحاز ؟ فيكون ما قال ابن رشد والظاهر أن قوله: حبس تحاز... إلى آخره مسموع كله فتأمله، وبعضهم يزيد في الوثيقة وأنهم يعرفون أن من مات منهم لا تدخل في نصيبه زوجته ، وتهلك ابنة الميت فلا يدخل في ذلك ولدها ولا زوجها»، وإن سقط ذلك من العقد لم يضره؛ لقوله فيها(٤) عقب المسألة : أراه حبسًا.

ولو لم يذكروا ذلك، وذكروا من السماع ما يستدل به فذلك جائز، غير أنه في ذكر ذلك عقب المسألة في «المدونة» يبين اشتراط المعرفة، إلا أنه لم يعول على ذلك في المسألة فتأمله .

وقولنا في النص: «لم نزل نسمع».

من غير تحديد كاف، وذلك أن لفظه: « **من أنهم لم يزالوا يسمعون**» على الإطلاق من غير تقييد محمولة على أنهم سمعوا على مر الأيام وسالف الأعوام

(١) في ج: وقال.
(٢) سقط من أ.
(٣) «التهذيب» (٣ / ٥٩٦).
(٤) «التهذيب» (٣ / ٥٩٧).

والدهور ، وذلك أكثر من المدة التي حدها أهل العلم في إجازة شهادة السماع، بخلاف ما لو عري العقد من لفظه : «لم يزالوا » .

وقد اختلفوا في الحد الذي تجوز فيه شهادة السماع، فقال مطرف وابن الماجشون: في الخمس عشرة، انظر « ابن سهل»[١].

وإطلاق النص من غير تعيين الحبس كاف، فإن ذكر في الوثيقة اسم الحبس، وكان قد توفي فلابد من إثبات الملك له ، وموته وعدة ورثته وعلى تناسخ الوراثات، ثم يعذر في ذلك إلى ورثته.

قال صاحب «المجموعة» : وقيل: إن بَعُدَ عهد موت المحبس وتعذر إثبات ورثته، فإن ذلك ساقط، ولا يلزم إثبات ذلك، ولابد أن يفسروا في شهادتهم العقب والمرجع، وإن سقط ذلك من النص لا تعمل الشهادة.

* * *

---

(١) «الإعلام بنوازل الأحكام» (ص/ ٥٧٥، ٥٧٦).

عقد عمرى[١]

«أعمر فلان ابن فلان فلانا ابن فلان جميع الدار، التي بموضع كذا، وحدها كذا، بمنافع ذلك ومرافقه، إعمار سكنى وارتفاق واعنلال، مدة من كذا سنة أو شهر أو طول حياة المُعَمِّر أو المعمَّر» ، ثم تقول: «إعمارا صحيحًا على سنة المسلمين»، ثم تقيد الدفع والقبض والحوز كما تقدم.

وبعضهم يزيد في النص: « فإن مات المعمِّر رجع ذلك إلى ربه إن كان حيا، ولورثته إن كان ميتًا»، وهو لفظ مستغنى عنه على ما يأتي، فإن جعل المرجع بعد انقضاء المدة إلى صدقة بتة له أو لغيره جاز ذلك ما لم يشترط رجوعها إلى نفسه إن أدركته الحياة، فإن اشترط ذلك لم يجز، انظر «الوثائق المجموعة»، و«ابن سهل»[٢] و«أجوبة القاضي ابن رشد»[٣].

وقولنا: «إعمار سكنى وارتفاق واغتلال».

صواب؛ لتجوز له السكنى والكراء، فإن قال : «سكنى» خاصة لم يكن له أن يكري ذلك، وإنما له الانتفاع بنفسه خاصة، فلو عدى اللفظ عن بيان النص على السكنى أو غيرها، وإنما قال : «أعمر فلان فلانًا كذا» فهذا محل النظر، فقد قرر بعض الشيوخ هذا الأصل أن اللفظ إذا عري عن دليل أنه ليس له أن يسكن غيره بوجه من الوجوه، وهذا من حيث صدرت صيغة وشككنا في مقتضاها هل هو تمليك الانتفاع ؟ فليس إلا السكنى أو تمليك المنفعة، فيجوز له أن يسكن غيره حملنا ذلك على أقل المراتب، [وذلك][٤] الانتفاع ، وكان هذا من حيث أن الأصل بقاء الأملاك

(١) «قال ابن عرفة: «العمرى: تمليك منفعة حياة المُعْطَى بغير عوض إن شاء». ا هـ. «شرح حدود ابن عرفة» (١ / ٤١٩).
(٢) «الإعلام بنوازل الأحكام» (ص/ ٥٦٥).
(٣) انظر: «مسائل ابن رشد» (١ / ٢٣٣)، و(١ / ٢٥٨)، و(٢ / ٨٥١).
(٤) في «الفروق» وهي تمليك.

على ملك أربابها ، لكنه إذا كانت هناك عادة رجع إليـها، انظر «القواعد والفرق»[(١)] للقرافي.

ولو افتتـحت النص: « بأمتع فلان فـلانًا» جاز ذلك، وكثير مـا يجري هذا من المرأة لزوجها فتقول: «أمتعت فلانة بنت فلان الفلاني زوجها فلان ابن فلان بالسكنى معها في الدار الكـائنة بموضع كذا، وحدها كذا، «إمتاع سكنى خـاصة طول الزوجية بينهما، ومع بقاء الدار على ملكها شهد عليها به في صحة وطوع وجواز وعرفهما ، وفي كذا» وإن ذكرت قبوله لذلك كان حسنًا، وإن سقط لم يضر.

وقولنا: «طول الزوجية بينهما» .

صواب، واحتياط لها ؛ لئلا يطلقهـا الزوج ويطلبها بالمتعة ، وكذلك قولنا: مع بقاء الدار على ملكها، لأنها قـد تحتاج إلى دارها فيكون لها التصرف فـيها بما شاءت من بيع أو هبة.

فإن سقط ذلك من النص وتنازعا في ذلك ، فالقول قـول الزوجة فيما قصدت؛ لأن ذلك مـعروف، وتحلف في التنصـيص برفع الخـلاف، ويزيل النزاع هذه عقـود التبرعات بتقريب.

فلو سكن المتصدق أو الواهب أو المحـتبس بعد هذه الصدقة أو الهـبة أو الحبس، فللشيوخ في ذلك طرق.

فقال ابن زرب: من تصدق على ابنه الصغـير بصدقة وعمـر منها الثلث فدون، حاز الصدقة كلهـا، وإن كان عَمَّرَ منها أكثر من النصف بطلت كلهـا، وإن كان عَمَّرَ منها النصف أو دون النصف وفـوق الثلث بطل ما عمر، ونفذ مـا لم يُعَمِّر، وحكم الدور المتصدق بها في صفقة واحدة حكم الدار الواحدة، وهو المشهور من المذهب.

وقـال صاحب «المجـموعـة»: إذا تصـدق على من في حجـره بدور لها عـدد،

(١) «الفروق» (١ / ١٨٧ ـ ١٨٨).

مجتمعة أو متفرقة، في صفقة واحدة، وصدقة واحدة، وسكنى واحدة فإن كانت التي سكن منها ثلث جميع الصدقة أو أقل نفذت الصدقة فيما سكن وفي ما لم يسكن، وإن كانت أكثر من الثلث لم تجز الصدقة في شيء منها، ورجعت ميراثًا، وإن كانت الصدقة على من يملك نفسه، فسكن المتصدق أكثر من الثلث بطلت الصدقة فيما سكن ونفذت فيما لم يسكن مما حازه ، وإن كان ما سكن أقل من الثلث نفذ لهم الجميع، فتأمله مع نقل ابن زرب، انظر آخر الرهون من «المدونة»(١) ، وكلام الشيخ في ذلك.

* * *

(١) «التهذيب» (٤ / ٧٦).

عقود الوصايا[١]

عقد وصية بجزء، تقول بعد التشهد: «وأوصى بأنه متى حدث الموت الذي لابد منه ولا محيد لمخلوق حي عنه، فيخرج عنه ثلث جميع متخلفه من قليل الأشياء وكثيرها جليلها وحقيرها العقار وغيره، ويُعْطَى جميعه لفلان ابن فلان، على وجه الوصية الصحيحة منه له ، قاصداً بذلك وجه الله العظيم، وعرف قدره، وشهد به عليه في صحة وجواز وطوع وعرفه، وفي كذا » .

وإن كانت الوصية بجزء غير الثلث ربع أو خمس أو سدس جاز ، وإن كان بعدة من دنانير أو دراهم أو داراً وأرض أو عرض من العروض فهو جائز أيضًا، تكتب في ذلك بعد صدر الوصية: «فيخرج عنه كذا وكذا ديناراً ذهبية عينًا ، أو دراهم فضة من سكة كذا، أو جميع الدار الكائنة بموضع كذا ، وصيته كذا، أو جميع مملوكه الذي من نعته كذا، ويُعْطَى ذلك لفلان المذكور على وجه الوصية». وإن أوصى بعتق عبده قلت بعد صدر الوصية: « فيخرج عنه مملوكه فلان، ويعتق عنه ويلحق بأحرار المسلمين فيما لهم وعليهم، ولم يبق عليه حينئذ سبيل الرق ولا عبودية حاشا سبيل الولاء على ما أحكمته السنة في ذلك عن رسول الله ﷺ قاصداً بذلك وجه الله العظيم، وعرف قدره، وشهد عليه به في صحة وجواز وطوع وعرفه، وفي كذا» وإن أوصى أن يشتري المملوك ويعتق عنه قلت: «وأوصى بأن يشترى له مملوك ويعتق عنه». وتمضي على ما تقدم، وإن عَيَّنَ الثمن ذكرته، وإن أوصى بزكاة زرعه أو بزكاة فطره أوكفارات أيمان، قلت: «وأوصى أن يخرج عنه كذا وكذا وسقا من القمح، ويفرق عنه في الزكاة على حكم زكاة الحب أو في زكاة الفطر أو على حكم كفارات الأيمان» أو ما ذكر من ذلك ،فتكتب على ما يذكر من ذلك.

---

(١) قال ابن عرفة: «الوصية: عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده». وهذا تعريف الوصية في عرف الفقهاء، لا في عرف الفُرَّاض. «شرح حدود ابن عرفة » (١ / ٥٢٨).

وإن كان تصدق بصدقة، وهو مريض كتبت الصدقة على ما تقدم في باب الصدقات ونبهت أن ذلك كان في مرضه .

وإن كان جعل النظر في وصيته إلى أحد، قلت بعد تمام عقد الوصية: « وجعل النظر في وصيته إلى فلان ابن فلان ثقة منه بدينه وأمانته ولما رجاه من إدخال الراحة عليه في تعجيل تنفيذ وصيته فَوَّضَ له في ذلك وفي جميع الوجوه كلها، وعرف قدره».

وإن أوصى على ولده، أو أولاده فتعقد في ذلك: «وأوصى أنه متى حدث به حدث الموت، ففلان ابن فلان هو الوصيّ على أولاده فلان وفلان وفلان، بالإيصاء التام المطلق العام الجامع لفصول الإيصاءات النظرية كلها، المحيط بكافة معانيها بأسرها.

وإن كانت فيهم أنثى، قلت: «وجعل له إنكاح الأنثى قبل البلوغ وبعده دون كشف ولا استئمار، ودون إشراف عليه في ذلك ولا تعقب نظر لأحد من خلق الله تعالى، ثقة منه بدينه وأمانته، وعرف قدره، وشهد عليه به في صحة وجواز وطوع وعرفه، وفي كذا».

وإن كان مريضًا ذكرت ذلك، وقلت: «في صحة من عقله وثبات ذهنه وميز له ومرض بجسمه ألزمه الفراش، وبحال الجواز والطوع، وعرفه، وفي كذا ».

وإن كان في نسائه من هي حامل وأدخلت في ذلك الإيصاء، قلت: « على أولاده فلان وفلان، وعلى الحمل الظاهر بزوجه فلانة»، وإن لم يكن ظاهرًا، قلت: «وعلى من يتزيد من ولده بقية عمره»، ثم تكمل العقد إلى آخره.

فإن حضر الوصي في هذه الوجوه كلها وقبل الإيصاء ضمنت العقد حضوره وقبوله الإيصاء، وقلت بعد الإيصاء : «وقبل فلان الإيصاء المذكور قبولاً تاما، والتزم القيام به جهده»، ثم تكمل العقد إلى آخره.

* * *

بيان ما تقدم من عقود الوصايا

فقولنا: وأوصى بأنه متى حدث به الموت.

هذا إذا كانت الوصية مطلقة، لم يقيدها بمرض ولا سفر، ولو قيل ذلك بمرض أو سفر، قلت: «إنه إن مات من مرضه هذا أو سفره هذا فيخرج عنه، أو فلان وصي. . إلى آخره ، ثم تكمل العقد كما تقدم.

ففائدة إطلاقها وتقييدها تظهر إذا مات في ذلك المرض أو بعده ، أو في ذلك السفر أو بعده، إذ لا تخلو أن تكون مطلقة أو مقيدة ، فإن كانت مطلقة فهي نافذة لا يبطلها إلا تغيرها أو نسخها ، وإن كانت مقيدة، فإن مات من ذلك نفذت بلا خلاف، وإن كانت بكتاب فلا يخلو أن تكون مطلقة أو مقيدة، فإن كانت مطلقة وأقر الكتاب عنده أو على يد غيره حتى مات فهي ماضية بغير خلاف.

وإن قبضها من يد من جعلها على يده.

فقال ابن شبلون: هي باطلة.

وقال أبو محمد: لا تبطل ، وترجح في ذلك أبو عمران.

وقال ابن رشد: تبطل باتفاق.

وإن كانت مقيدة، فإن جعلها بيد غيره فهي نافذة بلا خلاف ، وإن أخذها من يد من جعلها على يده تبطل بغير خلاف ، وإن لم يخرجها من يده ومات من مرضه ذلك أو سفره ذلك جازت باتفاق.

وإن مات من غير مرضه ذلك أو في غير سفره ذلك ففي «المجموعة» لمالك، وابن القاسم في «العتبية» قولان:

أحدهما: جوازها.

والثاني: إبطالها.

والقولان مستخرجان من «المدونة»[١].

وفيها قول ثالث لمالك في «المجموعة» رواه عنه ابن القاسم وأشهب، وعليّ وابن نافع: أنها تنفذ إذا مات من مرض آخر، أو سفر آخر، وقاله أشهب، وقال: الاستحسان أن تنفذ وإن مات في غير مرض، وفي غير سفر.

وقولنا: فيخرج عنه ثلث جميع متروكه.

على هذا جرى أمر الناس، ويجوز أقل منه والأصل في ذلك قوله ﷺ: «**إن الله أعطاكم ثلث أموالكم وصلاة المؤمنين عليكم زيادة في أعمالكم**»[٢].

وفي حديث [سعد][٣] بن أبي وقاص: «**أفأتصدق بثلثي مالي قال: لا، قلت: بالشطر يا رسول الله؟ قال: لا، قلت: بالثلث؟ قال: الثلث والثلث كثير**»[٤].

فإن زاد على الثلث وقف على إجازة الورثة، فإن أجازوه فلا إشكال، وتمضي الثلث على حكم الوصية لا يحتاج إلى حيازة ولا إلى قبض، وما زاد على الثلث فحكمه حكم العطايا التي لا تتم إلا بالقبض على ما تقدم، وإن ردوا ذلك نفذ منه الثلث ورد ما بقي، كذا وقع في «المدونة»[٥] وظاهره: كان الزائد يسيرًا أو كثيرًا.

ووقع في كتاب الحمالة من «المدونة»[٦] فيمن أوصى بعتق جاريته إن حملها

(١) «المدونة» (٤ / ٣٤٩).
(٢) أخرجه ابن ماجه (٢٧٠٩)، والبيهقي في «الكبرى» (١٢٥٧١)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٧٣٨٠)، وأبو نعيم في «الحلية» (٣ / ٣٢٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
قال البيهقي: حديث أبي هريرة فيه طلحة بن عمرو، وهو غير قوي، إلا أنه قد روي بإسناد شامي عن معاذ بن جبل كذلك مرفوعًا.
وقال الألباني: حسن.
قلت: ليس فيه ذكر صلاة المؤمنين.
(٣) في أ، ج: سعيد.
(٤) أخرجه البخاري (٢٧٤٢)، ومسلم (١٦٢٨).
(٥) «المدونة» (١ / ٤٨٥).
(٦) «التهذيب» (٤ / ٤١).

الثلث فزاد ثمنها الدينار والدينارين، قال: لا تحرم العتق بمثل ذلك.

وذهب بعض الشيوخ إلى الفرق بين المسألتين ؛لأنه لو لم يغتفر في مسألة الأمة اليسير لأدى إلى إبطال الوصية والتي هنا [لا محظور فيها][١].

وقولنا: على وجه الوصية .

احتراز من التبتيل، فيفرق فيه بين الصحة والمرض حسبما يأتي، إذ لا يخلو أن يلفظ بلفظ الوصية أو بلفظ التبتل أو بلفظ يصلح لهما، فلا إشكال في القسمين الأولين، وينظر في الثالث إلى القرائن، فإن لم تكن قرينة فإن كان في الصحة حمل على البتل، وإن كان في المرض حمل على الوصية.

وقولنا: في الوصية بشيء بعينه دنانير أو دراهم أو دارًا أو عروضًا أو غير ذلك. صحيح، وينفذ للموصى له إن حمله الثلث أو أجاز ذلك الورثة، فإن لم يحمله الثلث أعطى من ذلك المعين ما حمله الثلث.

وإن كانت الوصية لشخصين أو ثلاثة، فلا تغفل عن ذكر صفة القسم بينهم، هل على المساواة أو على التفاضل، فإن سقط ذلك من النص كان على السواء، وذكره أصوب، لا سيما إن كان فيها إناث.

ولو أوصى بأشياء وتعدد المُوَصَّى لهم، ذكرت في النص كل شخص، وما أوصى له به فتقول: «ويعطى لفلان كذا ولفلان كذا» ثم تكمل العقد.

فإن تعدد الشيء الموصى به، والحد الموصى له مثل أن يوصي لرجل بوصية ، ثم يوصي له بوصية أخرى، فاعلم أنه قد أطال الأشياخ الكلام في هذا واختصار [كلامهم][٢]: أنه لا خلاف إذا كانت من جنسين أنه الوصيتين إن كانتا بكتاب أو بكتابين، وإن كانتا نوعًا واحدًا فقيل: له الأكثر كانتا بكتاب أو بكتابين، وقيل: ينظر فإن بدأ بالأقل فله أكثر من الوصيتين، وإن بدأ بالأكثر، أو كانتا متساويتين فله

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

الوصيتان، وقيل: إنما هذا إذا كانتا بكتاب واحد، فإن كانتا بكتابين فله أكثر الوصيتين، والأول أصوبهما.

فإن أوصى لرجل بوصيته بشيء بعينه ، ثم أوصى بذلك الشيء إلى رجل آخر فهو بينهما، ويحمل على إن قصد الموصي التشريك، ولا يحمل على النسخ، فلو كانت الوصيتان بغير شيء بعينه، كان لكل واحد ما أوصي له به إن حمله الثلث، وإن لم يحمله الثلث، وأوصى بأجزاء مختلفة مثل ثلث وربع وسدس ونصف أو بدنانير أو بأجزاء مختلفة فيحمل على أنه أراد التشريك بين الموصى لهم بالثلث، أو في الجميع إن أجاز ذلك الورثة ، ولا يحمل على النسخ؛ لأن التشريك أوفى لغرض الميت ، ولا يعد رجوعًا .

فإن لم يجز ذلك الورثة، فإن كانت الوصية بدنانير كلها أو بدراهم كلها أو بدنانير ودراهم أو بدنانير وعروض أو بعروض فالمحاصة في الثلث على قدر وصية كل واحد ، إن كانت دنانير كلها أو دراهم كلها وإن كانت دنانير أو دراهم فيصيرهما جنسًا واحدًا، إما دنانير أو دراهم، وترد أحد الجنسين إلى الآخر بالصرف ، وإن كانت عروضًا فعلى القيم .

وكذلك إن كان بعضها عينًا وبعضها عرضًا فرد العين إلى العرض بالقيمة، واقسم على مجموع ذلك الثلث، وإن كانت أجزاء كلها مثل أن يوصي لرجل بماله كله، ولآخر بنصفه، ولآخر بثلثه، ولآخر بسدسه ، فاقسم السدس، والثلث، والنصف والكل من ستة، فتأخذ لصاحب الكل ستة ولصاحب، النصف ثلاثة، ولصاحب الثلث اثنين، ولصاحب السدس واحدة، فيكون مجموع المحاصة اثنى عشر، وعليها يقسم الثلث ، فإن أوصى مع هذه بعدة دنانير ، أو بعرض، أو دار فلابد من معرفة جميع التركة ، فإن كانت التركة مثلاً ستين، وأوصى بماله كله، وبنصفه، وبثلثه، وبعشرين دينارًا، أو بعرض، أو دار قيمتها عشرون دينارًا، فالمحاصة بينهم بالثلث على ثلاثة عشر سهمًا إذ أصلها من ستة، فلصاحب الكل ستة، ولصاحب النصف ثلاثة ، ولصاحب الثلث سهمان، ولصاحب العين أو العروض أو

الدار اثنان؛ إذ ذلك ثلث جميع التركة، فيكون ذلك ثلاثة عشر، وعليها يقسم الثلث فما صار لصاحب العين أخذه ، وما صار لصاحب الجزء كان به شريكًا مع الورثة في جميع التركة ، وما صار لصاحب العرض أو الدار أخذه، فكذلك العين، ويكون شريكًا بما وجب له مع الورثة في ذلك المعين، فتأمل ذلك، وقس عليه ما يرد عليك، إذ لا تنحصر الوصايا ولا تنضبط.

فلو أوصى بوصايا متعددة ، مثل: أن يوصي بعين، وبزكاة فرط فيها، وبكفارة أيمان أو بكفارة قتل أو ظهار أو عتق رقبة معينة، فإن حمل الثلث جميع ذلك لا إشكال، وإن لم يحمل ذلك الثلث، فقد جعل أبو محمد عبد الحق ذلك في «النكت» على ثلاث عشرة مرتبة انظرها، وانظر «المقدمات» فيما يجب تقديمه من التركة، فلا نطول بذلك كله.

وقولنا: إن تصدق في المرض... إلى آخره.

إنما نعني به: المرض المخوف، وأما غير المخوف فحكمه حكم الصحة، فيبطل بعدم الحوز ؛ لأنه لم يرد به الوصية ، ولم يخرجه عن يده، وحكم هذه الصدقة حكم الوصية في وجه وحكم المبتل في الصحة في وجه. وثمرة الخلاف تظهر بين تبتيل المريض ووصيته: إذ يصح له الرجوع عن الوصية، ولا رجوع له في التبتيل، وتنفذ بعد وفاته، ولا تحتاج إلى حوز .

قال في «المدونة»[1]: ومن حبس نخل حائطه على المساكين في مرضه، والثلث يحمله، فلم يخرجه من يده حتى مات، فذلك نافذ؛ لأنها وصية ـ أي: حكمها حكم الوصية ـ فإن مات كانت في ثلثه.

وقولنا: «وإن كان جعل النظر لأحد ...إلى آخره».

صواب، فإن كان عدلاً مضى فعله.

---

(١) «المدونة» (٤ / ٤٢٤).

وقال بعض الموثقين: إن أوصى بتنفيذ ثلثه إلى سارق أو فاسق، فليس للسلطان عزله؛ لأن ربه أوصى به حيث شاء، ولكنه يلزمه الإشهاد على تنفيذ ذلك؛ لئلا يأخذه لنفسه.

وقولنا: «وَصيّ على أولاده فلان وفلان وفلان».

أما إن عدهم وأحصاهم، فلا إشكال، فلو قال: «وصيي على أولاده» ولم يسمهم ولا عدهم فهو وصيي على جميع أولاده، الذكور والإناث ، فلو قال: «وَصِيّ على أولاده فلان وفلان»، وسمى بعضهم وبقي بعضهم لم يسمه فوقع لابن زرب في «مسائله»: أنه وصي على جميعهم من سمى ومن لم يسم، انظر «ابن سهل»[1].

وقولنا في الإيصاء: «على الأيتام... إلى آخره» .

هذا إذا أطلق الإيصاء في كل شيء، وله أن يحض ذلك أو يقيده بشيء دون شيء، فلو قال: فلان وصييّ فقط، كان وصيا في جميع الأشياء.

وقال في «المدونة»[2]: إذا قال: «اشهدوا أن فلانًا وصيي» ولم يزد على هذا فهو وصيه في جميع الأشياء، فانظر، وهو يصدق [بمفرد][3] واحد، وجعله بمنزلة العام لما كانت صلاحيته لكل فرد على حد السواء.

قال اللخمي: قال مالك في «كتاب محمد»: إذا قال: فلان وصييّ، فقد استقصى وبالغ، وكذلك إذا قال وصييّ على مالي، دخل فيه الولد، وإذا قال: ولدي، دخل فيه المال، ويدخل في قوله : «على ولدي» الذكران والإناث ، وكذلك إن قال: على، إلا أن يخص فيقول: الذكران أو بناتي.

---

(١) «الإعلام بنوازل الأحكام» (ص / ١٢٠).

(٢) «المدونة» (٤ / ٣٣١).

(٣) في ج: بفرض.

وقولنا: «وجعل له إنكاح الأنثى... إلى آخره» .

صواب ، وقد تقدم في النكاح، فانظره، وقد جعله ابن رشد على ثلاثة أقسام إذا قال الموصي: فلان وصيي، ولم يزد، فقد وقع في «الواضحة» وهو قول ابن القاسم: أن الوصي يكون وليا لكل من كان له الموصي وليا من الأخوات والقرابات، قيل: إنه لا يكون وليًا لمن لا ولاية له عليهن، وقيل: إنه ولي لهن؛ لأن الولي أحق منه بالعقد، وأما لو قال: وصييّ على بضع بناتي، لكان وليًا لجميع بناته في النكاح، وإن كن مالكات أمر أنفسهن، وأما وصي المولى عليه باسمه من رجل وامرأة، فلا تتعدى ولايته مَنْ إلى نظره، ولا يزوج أحد من قرابات الموصي، كان محجوره حيا أو ميتًا، إذ لا ولاية له على أحد منهن ، ولا خلاف في هذا غير أن ابن الهندي قال: إنه إن زوج واحدة منهن مضى، وهو بعيد فقف على الفرق بين أن يقول: فلان وصي، ولم يزد على ذلك أن يقول: فلان وصي على فلانة، أو يقول: فلان وصيي على بناتي، فتأمله، وإن كانت في بناته من هي ناكح، ولم تخرج من حكم ولايته ، ومات الأب بالفور ،دخلت تحت الإيصاء وشملها حكمه، ولو تراخى موت الأب حتى مضى له من المدة منذ دخل بها زوجها ما يحكم لها فيها وبحكم الرشيد على القول الذي مضى عليه وهو ستة أعوام فاختلف فيها هل يلزمها حكم الولاية أم لا؟ على قولين منهم من رأى أن إيصاءه عليها لازم كتجديد الحجر عليها الذي لا تنفك عنه ولا تخرج منه إلا بإثبات رشدها بالبينة العادلة.

ومنهم من لم ير ذلك لازمًا لها بخلاف تجديد الحجر عليها، وقالوا: ذلك بمنزلة الأب يولي على ابنته البكر، ثم يزوجها فيقيم معها زوجها سبع سنين أو أكثر فيموت، أن الإيصاء ساقط عنها، انظر «المقدمات»[(١)] .

وقولنا: «ودون إشراف عليها في ذلك» .

ويكون للوصي القيام بأمرها أسند إليه وحده لا يشركه فيه غيره، فلو أشرف

---

(١) «المقدمات» (٢ / ٣٥٤)، و« مسائل ابن رشد» (١ / ٣٠٢) نصا.

عليه أحدًا ذكرت ذلك وقلت بعد تمام الإيصاء: « كل ذلك تحت إشراف فلان ابن فلان الفلاني، فلا يفعل الوصي المذكور فعلاً، ولا يبرم أمرًا إلا بعد مشورته ومطالعته»، ثم تكمل العقد، فإذا ثبت هذا الإشراف كان للمشرف أن ينظر في أفعال الوصي كلها، ولا يتصرف الوصي في شيء إلا بعد علمه ومشورته، فإن فعل شيئًا من ذلك بغير علمه نظر في ذلك ويمضي منه ما كان سدادًا ويرد غيره، فإن أراد أن يرد السداد من فعله لم يكن له ذلك، فإن اختلفا في ذلك، نظر فيه القاضي، ويكون المال بيد الوصي، وله إجراء النفقة والكسوة على من في ولايته، ولم يكن للمشرف منعه من ذلك.

وإن وَصَّى إلى وصيين أو أكثر ذكرت ذلك أيضًا ، وقلت: «فلان وفلان وصيان على أولاده »، وتمضي على ما تقدم وتزيد في الإيصاء: «فلا يفعل أحدهما فعلاً ولا يبرم أمرًا إلا بعد مطالعة صاحبه وأمره» فإن ثبت ذلك في الرسم لم يكن لأحدهما بيع ولا ابتياع ولا نكاح ولا غير ذلك إلا بإذن صاحبه ولا أن يوكله صاحبه.

وإن اختلفا في فعل شيء نظر السلطان في ذلك، فإن اختلفا في المال، نظر السلطان في ذلك وجعله عند أعدلهما، ولا ينقسم بينهما، وبعضهم يزيد في الإيصاء: « ومن عاقه منهما عائق من موت أو سفر، فيستبد القاضي بالنظر وحده»، وهي زيادة حسنة، فإن سقط ذلك من العقد، ومات أحدهما أو غاب نظر السلطان في الباقي، فإن كان أهلاً للانفراد بالوصية،أفرده وإلا أشرك معه من يرضاه.

وقولنا: فإن حضر الوصي وقِبِلَ الإيصاء .

صواب، فإنه إن قبل الإيصاء في حياة الموصي لم يكن له أن يرجع عنه بعد موته.

قال بعض الشيوخ: لأنه غَرَّه ، وكذلك وقع في «المدونة».

قال بعض الشيوخ: مفهومه: أن له الرجوع قبل موته.

قال ابن يونس[١]: قال أشهب : لأنه لم يغره؛ لأن هذا يقدر على الاستبدال.

قال عبد الوهاب في «التلقين»[٢]: ليس [للوصي][٣] أن يأبى النظر بعد القبول.

ظاهره: رجع قبل موت الوصي أو بعد موته.

وبعضهم يقول: معناه: بعد الموت.

وفيها قول آخر: أن له أن يرجع ، وإن كان بعد الموت، فحاصله ثلاثة أقوال.

وللوصي أن يسند الإيصاء الذي بيده إلى غيره، ويكون وصي الوصي كالوصي، وهذا بخلاف الوكيل، ومقدم القاضي ليس لهما أن يوصيا إلى غيرهما، ولو كانا وصيين فأوصى أحدهما عند موته بما إليه من الإيصاء إلى غير شريكه في الوصية جاز ذلك وأباه سحنون.

ووقع هذا من قول يحيى بن سعيد في «المدونة»، وظاهره خلاف، فانظر الوصايا الأول من «المدونة» .

ولو أغفل الأب الإيصاء على ولده أو مات الوصي، ولم يسند وصيته إلى أحد، وعزل بسخطه أو كان الولد بالغًا، وثبت سفهه، وما يوجب الضرب على يده، واحتيج إلى ما ينظر له، فإنك تكتب في ذلك: «السبب في التقديم عليه، والعقد الجاري في ذلك يعرف شهوده فلان ابن فلان الفلاني معرفة صحيحة تامة، ويعلمونه صغيرًا يتيمًا مهملاً، لا وصي عليه من أب، ولا مقدم من قاض، وإن أولى من يقدم عليه فلان ابن فلان؛ لثقته وأمانته وحزمه وضبطه ، وقيدوا بذلك شهادتهم في كذا».

وإن كان له وصي ومات قلت: « يعرف شهوده فلانًا الذي إلى نظر فلان الفلاني بإيصاء أبيه إليه، وتوفي وبقي مهملاً، وإن أولى من يتقدم عليه فلان»، ثم تكمل

(١) «الجامع» (٧ / ١٧١).
(٢) «التلقين» (٢ / ٢١٨).
(٣) في «التلقين»: الموصي.

الرسم إلى آخره .

وإن كان بالغًا سـفيهًا قلت: «يعرف شهـوده فلان ابن فلان بعينه واسمه مـعرفة صحيـحة تامة، ويعلمونه سفـيهًا في أحواله مبـذرًا لماله، غير عارف بوجوه مـصالحه وطرق مراشده ممن يسـتحق أن يضرب على يده، ويمنع التصرف في مـاله بهذه الحالة عرفوه وعليهـا خبروه لم ينتقل عنها، ولا تبدل بحالـة سواها حتى الآن في علمهم، وإن أولى من يتقدم عليـه فلان»، وتكمل العقد إلى آخره، «وقيـدوا به شهادتهم في كذا»، فإذا ثبت الرسم المذكور أعذر فيه للسفيه المذكور ، فإن لم يكن في ذلك حجة أشهدت عليه بذلك كما تقدم في الأعذار، فإذا ثبت هذا عقدت التقديم فيه، وفي ما تقدم نوعًا واحدًا، فتقول: «لما ثبت الرسم المذكور فوقه عند قاضي الجماعة بمدينة كذا أعزه الله تعالى وحرسها، وسئل منه النظـر في ذلك للمحجور المذكور اقتضى نظره الموقف السديد، بأن قَـدَّم فلانًا المذكور فـوقه للنظر للمحـجور المذكور، تقـديما تاما مطلقًا عاما لم يسـتثني عليه فيه فصل ولا معنى حـاشا تفويت أصل أو ما يؤدي إلى تفويتـه ، فإنه لم يجـعل له إلى ذلك سبيـلاً إلا عن إذنه أو إذن من يجب له ذلك، وقَبل من تقديمه المقدم المذكور قبولاً تاما، والتزم القيام به جهده، شهد على شاهد من ذكر بما فيه عنه وبثبوت الرسم فوقه الثبـوت التام من أشهد المقدم المذكور بما فيه عنه، وهو بحال الصحة والجواز والطوع، وعرفه في كذا».

وإن كان التقديم على سـفيه تذكر الإعذار إليه في الرسم، وإسـقاطه والنزاع فيه على ما تقدم ، ثم تقول بعد ذلك: « قدم» وتكمل الرسم إلى آخره.

فإذا كـمل ذلك نفذ التقـديم على المقدم عليه، واسـتمرت عليـه الولاية بعد أن يطاف بالبالـغ في المجالس ورحاب المسـجد حتى يسـامع الناس. ويشهـد إدخاله في الولاية ليتحفظ منه ، فإن ذلك مصلحـة للمسلمين؛ لئلا يتلف أموال الناس، فإذا تم ذلك فمن باعه بعد ذلك أو ابتاع منه فمردود ، وأفعاله قبل ذلك جائزة.

هذا هو المشهور المعمول به، وفي ذلك انظر «المقدمات» في كتاب المأذون(١) منها .

[اشتراط قبوله التقديم في النص حسن واحتياط، فإن سقط وتصرف بحكم](٢) التقديم كان ذلك [لازمًا](٣) له، وعد منه قبولاً، وليس له أن ينحل منه إلا بعذر يتبين القاضي موجبه، فيحله، وليس له أن يُوَكِّل غيره إلا عن إذن القاضي وهو في هذا بخلاف الوصي، وقد تقدم حكمه، واستثناء القاضي عليه في هذا التقديم تفويت الأصول احتياطًا للمحجور ، وعلى هذا جرى العمل عند القضاة ، ولهم أن يطلقوا ذلك لهم، فإن أطلقوه أسقطت من النص قولك: « حاشا تفويت أصل. . . إلى آخره، فللقاضي أن يخص في تقدمة ما شاء من قبض ديون، أو بيع غلات وقبض ثمنها أو للنفقة عليهم، أو بيع بشيء وجب بيعه عليهم، أو قسمة أملاك، وتعقد في ذلك: « قدم قاضي الجماعة بمدينة كذا، وهو فلان ابن فلان أعزه الله تعالى وحرسها فلان ابن فلان الفلاني على النظر لفلان ابن فلان الصغير اليتيم المهمل الذي لا وصي عليه من أب ولا مقدم من قاض في بيع غلاته، وقبض ثمنها، وتقاضى ديونه، أو قسمة أملاكه التي بموضع كذا، مع اشتراك فيها، تقديمًا تاما مطلقًا عاما».

وإن كان سفيهًا مهملاً مات وصيه أو مقدمه أو ثبت ما أوجب القرب على يده ولم يقدم عليه أحدا ذكرت ذلك، ثم تكمل العقد من ذكر القبول إلى آخره، فإذا ثبت هذا التقديم على الصغير، وتراخى الأمد إلى بلوغه وبعده، هل تثبت به عليه الولاية التي لا تنفك عنه إلا بالترشيد أم لا؟ فاختلف الشيوخ في ذلك:

فقال أبو عمر الإشبيلي: لا تلزمه الولاية بتوكيل القاضي من يقاسم عنه خاصة كان صغيرًا أو كبيرًا.

وقال ابن فرحون: إن كان تقديمه لذلك بعد بلوغ الصغير، فلا يخرج من الولاية

---

(١) «المقدمات» (٢ / ٣٣٩).
(٢) سقط من أ.
(٣) في ج: لا رد.

إلا بإطلاقه؛ لأن تقديمه عليه للمقاسمة بعد بلوغه يدل على أنه ثبت عنده أنه ممن يولى عليه، وأما قبل بلوغه فلا يلزمه بذلك ولاية بعد البلوغ.

وقال ابن الشقاق[١]: هو بذلك داخل في الولاية، ولا يخرج منها [إلا بعد][٢] إطلاقه عنها، فتأمل ذلك، وانظر.

الأول لابن سهل، فإذا أراد الوصي أو الأب إطلاق هذا المحجور من الولاية كان ذلك له ، وتعقد في ذلك: « لما تبين لفلان ابن فلان رشد محجوره، أو ولده فلان الذي في ولايته، وحسن نظره لنفسه، وضبطه لما له أطلقه من حكم الولاية ورشده لرشده وملكه أمر نفسه وماله على العموم والإطلاق والشمول والاستغراق، ولم يبق عليه ولاية ، وقَبِلَ ذلك في ترشيده المرشد المذكور قبولاً تاما، واعترف برشده، وأنه بالأحوال الموصوفة عنه شهد على إشهاد المرشد والمرشد المذكورين بما فيه عنهما في صحة وطوع وجواز من المرشد مطلقًا، ومن المرشد من الآن وعرفهما وفي كذا».

وإن ضمن الشهود معرفة رشد المحجور كان أتم، وإن سقط من العقد لم يضر، وقول الأب والوصي مقبول في ذلك، فإن سقط ذكر ذلك من العقد باع ماله وأفسده، وقامت البينة أنه لم يزل سفيهًا منذ بلغ إلى وقتهم هذا لزمته الولاية ورد فعله، وعزل القاضي الوصي، وجعل عليه غيره، ولم يضمن الوصي شيئًا مما أتلفه ؛ لأنه فعل باجتهاده ، وإن طلب ترشيد نفسه كلفه القاضي إثبات رشده، فإن أتاه بمن

---

(١) قال عياض: أبو محمد الشقاق، واسمه: عبد الله بن سعيد بن محمد، قرطبي، شيخ المفتين بها في وقته، وأحد أكابر أصحاب أبي عمر بن المكوي المختصين بقرنائه، وقرأ القرآن على ابن النعمان.
قال أبو مروان: كان أحد العلماء الأندلسيين ، النحارير المبرزين في الفقه، والحذق بالفتوى، والشروط، والفرائض، والحساب، إمامًا في القراءات والتفسير.
توفي آخر رمضان سنة ست وعشرين، وهو ابن إحدى وثمانين سنة، مولده سنة ست وأربعين وثلاثمائة ، رحمه الله. ا هـ.
وترتيب المدارك (٧ / ٢٩٥، ٢٩٦).

(٢) سقط من أ.

يشهد له بذلك كتبت: « يعرف شهوده فلان ابن فلان الذي إلى نظر أبيه فلان أو إلى نظر فلان بإيصاء صحيح من قِبَل والده المذكور أو بحكم تقديم من قِبَل من يجب له ذلك، معرفة صحيحة تامة، ويعلمونه رشيدًا في أحواله، ضابطًا لماله، عارفًا بوجوه مصالحه وطرق مراشده، ممن يستحق أن يرشد ويملك أمر نفسه وماله، فهذه الحالة عرفوه وعليها خبروه ، ولم ينتقل عنها، ولا تبدل عنها إلى حالة سواها حتى الآن في علمهم وقيدوا به شهادتهم مسؤولة منهم في كذا».

فإذا ثبت ذلك عند القاضي أعذر في ذلك للأب أو للوصي أو للمقدم، فإن لم يكن عنده في ذلك مدفع أشهدت عليه في ذلك حسبما تقدم في فصل الأعذار، فإن ادعى أنه بخلاف الحالة الموصوفة، وممن لا يستحق الترشيد كلفه إقامة البينة، فإن أثبته لديه على حسب ما تقدم في البالغ يثبت سفهه، فإذا ثبت ذلك لدى من يجب أعذر فيه للمشهود فيه، فإن وافق عليه لا إشكال، وإن نازع فيه وعجز عن الدفع فيه من تجريح أو غيره كانت شهادة من شهد بالسفه أعمل من شهادة من شهد بالرشد.

وقال بعض الموثقين: ينظر إلى أعدل البينتين، ويقضي بها؛ لأن السفه في المال ظاهر إلى جميع الناس، وليس كالتجريح في الشهادة.

فإذا ثبت الترشيد وأعذر في ذلك للوصي أو للأب، ولم يكن عنده مدفع حسبما تقدم أو عجز عن الدفع كتبت في التسجيل: « لما ثبت لدى قاضي الجماعة بمدينة كذا أعزه الله تعالى وحرسها رسم الاسترعاء فوقه، وأعذر في ذلك للناظر المذكور فوقه، فلم يكن عنده في ذلك مدفع ولا مقال، وسأل منه فلان المذكور النظر في ذلك، فاقتضى نظره الموفق السديد إن رشد فلانا المذكور لرشده، وملكه أمر نفسه وماله وأطلقه من ثقاف[1] الحجر الذي لزمه حكمه، على العموم والإطلاق والشمول والاستغراق، ولم يبق عليه حجرًا ولا ولاية لأحد من خلق الله تعالى، وقَبِلَ ذلك من ترشيده المرشد المذكور قبولاً تاما ، وعرف قدره شهد على إشهاد من ذكر بما فيه

(١) الثقاف: الوثاق. «مشارق الأنوار» (٢ / ٢٧٩).

عنه وباكتفاء الرسم المذكور الاكتفاء التام من أشهده المرشد المذكور بما فيه عنه في صحة وطوع وجواز من الآن، وعرفه، وفي كذا».

فإذا ثبت ذلك كله [لدى][1] القاضي جازت أفعاله كلها.

فإن قام بعد ذلك وادعى أنه لم يزل سفيهًا مبذرًا لماله، منذ بلغ إلى وقته هذا، هل تمضي أفعاله؟ لأن القاضي حكم بترشيده، ولا سيما إن كانت بينة الرشد أعمل، فيكون وافق قول قائل من أهل العلم ، أو يرد ذلك إن كانت بينة السفه أعمل؟ لأنه حكم لخطأ فتأمله، وانظر «أجوبة ابن رشد»[2].

* * *

(١) سقط من أ، ب.

(٢) انظر: «مسائل ابن رشد» (١ / ٣٠٠ ـ ٣٠٣).

عقد عتق[١]

«أعتق فلان ابن فلان الفـلاني مملوكه فلانًا» الذي من نعته وصفته كـذا، عتقًا بتًّا بتلاً ناجزًا جائزا ألحقه به بأحرار المسلمين فيما لهم وعليهم ، ولم يبق عليه سبيل رق ولا عبودية لأحد من خلق الله تعالى، حاشـا سبيل الولاء على ما أحكمته السنة في ذلك عن رسول الله ﷺ قاصداً بذلك وجه الله العظيم، وعرف قدره، وشهد عليه به في صحة وطوع وجواز وعرفه».

فإن كانت أمة ذكـرتها على التأنيث فإن كان مع الأمة ولد أدخله مـعها في العتق ذكرت ذلك، وإن كان لها أو للعبد مال واستـثناه السيد لنفسه، قلت بعد تمام العتق: «واستثنى السيد ما للعبد من مال واستبقاه لنفسه» وتكمل العقد إلى آخره، وإن ضمن الشهـود صحة ملك الـسيد للعـبد كان أحـوط للعبد، وقلت بـعد ذكر العـتق وقبل التاريخ: « ممن يعلم صحة ملك العتق للعبد المذكور وفي كذا».

وقولنا: « بتا بتلاً» .

احترازا من أن يبقي السيد لنفسه فيه حقا أو لغيره من شرط خدمة أو غيرها.

وقولنا: «ناجزًا».

احترازًا من المعتق إلى أجل.

وقولنا: «حاشا سبيل الولاء».

زيادة حسنة لا يضـر إسقاطها، ولو سقط هـذا من العقد أو سقط ما تـقدم قبله لكان العتق بتا دون شرط ناجزًا دون أجل، هذا مقـتضى قوله: « أعتقت عبدي»، أو «هو حر»، فلـو قال: هو حر على أن علـيه كذا ، أو « أنت حـر على أن تدفع إلى

(١) قال ابن عرفة: «العتق: رفع ملك حقيـقي لا بِسِبَاءٍ مُحَرَّم عن آدميّ حيّ» «شرح حدود ابن عرفة» (١ / ٥١٣).

كذا» لم يعتق إلا بأدائها.

وإن قال: أنت حر الساعة بتلاً، وعليك مائة إلى أجل كذا.

فقال مالك وأشهب(١) : هو حر الساعة ويتبع بالمائة أَحَبَّ أم كره.

وقال ابن القاسم (٢): هو حر لا يتبع بشيء، وقاله ابن المسيب.

وتعقد في الوجه الأول: « أعتق فلان ابن فلان مملوكه فلانًا على أن عليه كذا [فإن أداها خرج حرا، وتقول في الوجه الثاني بعد صدر الوثيقة: «عتقًا بتلاً وعليه كذا»](٣) فإذا ضمنت حضور العبد وموافقته على ما جعله عليه السيد ورضاه به صح ذلك على القولين ، وإن لم يحضر العبد دخل الخلاف في الوجه الثاني، فتأمله.

وإن حَلَّ الأجل ولم يدفع للسيد ما شرط على القول باللزوم تُلُوِّمَ له، فإن عجز رجع رقيقًا، وكذلك الحكم في القطاعة إذا قال له : إن جئتني بكذا، فأنت حر.

وقولنا: «وإن كان للعبد مال واستثناه السيد لنفسه ذكرت ذلك» .

وإن سقط من العقد فما كان له من ماله تبعه ولا كلام للسيد في ذلك، فإن قال السيد: استثنيت ذلك، لم يصدق ؛ لأن من أعتق عبدا تبعه ماله، فإن نازعه العبد في ذلك فعلى السيد البينة وإلا حلف العبد، وله رد اليمين على السيد؛ لأنها دعوى في مال.

وقولنا: «في صحة».

فإن كان مريضًا ذكرت ذلك، ثم إن كان للمعتق أموال مأمونة نفذ عتقه، وقيل: يبقى موقوفا حتى يموت، كانت له أموال مأمونة أو لم تكن، ويكون العبد موقوفًا، فإن صح من مرضه لزمه العتق، ولا رجوع له فيه، وإن مات من مرضه كان في

---

(١) «المدونة» (٢ / ٤٣٨)، و«التهذيب» (٢ / ٥٢٢).

(٢) انظر: «التوسط بين مالك وابن القاسم» (ص/ ١٦١)، و«النوادر والزيادات» (١٠ / ٢٦٢).

(٣) سقط من أ.

ثلثه، فإن كان المعتق لا يملك إلا شقصًا في عبد فأعتقه عقدت فيه على ما تقدم وتعين الشقص المعتق أنه نصف أو ثلث، وأنه لا يملك غيره.

فإن كان لهذا العبد مال لم يجز للمعتق أن يشترطه، ولا للذي لم يعتق أن ينتزعه ويبقى موقوفًا بيده.

ثم إن كان هذا المعتق موسرًا خير شريكه بين أن يعتق نصيبه أو يقومه على صاحبه المعتق قيمة عدل، وأعتق عليه باقيه؛ لما أدخل على شريكه من الضرر والفساد، وإن كان المعتق عديمًا سقط عنه التقويم، ونفذت الحرية في نصيب المعتق خاصة، ويبقى عبد بعضه حر وبعضه رقيق، يخدم لنفسه بقدر ما فيه من الحرية، ويخدم [للمتمسك][1] بالرق بقدر ما يملك منه، وإن هلك عن مال كان للمتمسك بالرق .

فإن كان جميع العبد للمعتق فأعتق بعضه عتق عليه باقيه، فإن أعتقه إلى أجل عقدت في ذلك : «أشهد فلان ابن فلان على نفسه أنه أوجب لمملوكه فلان، الذي من نعته كذا ، العتق بعد أن يخدمه عامًا أو عامين، أو أقل أو أكثر ، أولها كذا، فإذا خدمه هذه المدة خرج عند انقضائها حرًا ولحق بأحرار المسلمين في ما لهم وعليهم» ثم تكمل العقد إلى آخره على ما مضى.

على هذا مضى أصحاب الوثائق ، وبعضهم يزيد في النص أنه: « إن أبق أو تخلف فعتقه ينتقض، وهو عائد في ملكه ، أو فعليه قضاء ما راع عنه أو تعوق»، فإذا اشترط هذا الشرط لزم ذلك العبد على ما شرط، على ما روى عيسى عن ابن القاسم في «العتبية»[2]، فإذا اختلف العبد والسيد في التخلف والإباق ، فالقول قول العبد، وعلى السيد البينة، إلا أن يشترط السيد أنه مصدق فيما يدعيه من ذلك، فتأمله.

فإن سقط ذلك من العقد، ثم أبوا، وتخلف، لم يكن عليه قضاء، وللسيد أن ينتزع مال المعتق إلى أجل ما لم يتقارب الأجل ، وليس العام بقريب في هذا، ولو

(١) في ج: للتمليك.
(٢) «البيان والتحصيل» (١٤ / ٣١٦).

كانت له أمة فأقر أنه أولدها فتعقد في ذلك: « أقر فلان ابن فلان الفلاني على نفسه أنه أولد أمته فلانة، التي من نعتها كذا وكذا»، فإن كان حيا وصفته وسميته ، وإن مات قلت: ولدا ذكرًا أو أنثى سماه فلانًا، وأنه مات» وإن كان لم يستهل صارخًا ذكرت ذلك أيضًا ثم تقول: «إقرارا صحيحًا تاما اعترف به لما لزمه من قول الحق والاعتراف بالصدق، وعرف قدره، وشهد به في صحة وجواز وطوع وعرفه، وفي كذا»، فإذا ثبت هذا في إقراره نفذ وكانت أم ولد، لها وعليها ما عليهن، هذا إن كانت في ملكه، فلو باعها، ثم أقر بما تقدم، وقال: كانت ولدت مني وولدها قائم، فإنها ترد إليه .

قال في «المدونة»(١): إن كان ممن لا يتهم، وفي بعض الروايات: «ومعها ولد».

قال القاضي عياض(٢): ومعناهما واحد فانظر قوله: « إن كان ممن لا يتهم»، فمفهومه إذا اتهم كان الحكم غير هذا ، وهو أن يرد الولد؛ لأن استحقاق النسب يقطع كل تهمة.

ثم قال بعد ذلك: قيل: فإن لم يكن معها ولد فقال بعد ما باعها: كانت ولدت مني، قال: أرى أن ترد إليه إن لم يتهم فيها.

قال عياض(٣): كذا في رواية أكثر القرويين ، في رواية أخرى : «لا أرى أن ترد» كذا في رواية أكثر الأندلسيين.

وعند ابن عتاب: أرى ألا ترد، فتأمل الروايات الثلاث، وانظر عياضًا واللخمي، فإن عياضًا حكى عن أشهب : أنه لا يقبل قوله بعد البيع، كما لا يرد العتق إذا قال بعد البيع: كنت أعتقتها، انظر الفرق على مذهب القرويين.

وقال اللخمي: الإيلاد بخلاف؛ لأن الشأن في العتق إشهار فعدم ذلك يضعف قوله، وليس كذلك الإيلاد، انظر كلامه.

---

(١) «المدونة» (٤ / ٤٦٢)، و«التهذيب» (٤ / ٣٨٢) نصه.
(٢) «التنبيهات» (٢ / ٨٩١).
(٣) «التنبيهات» (٢ / ٨٩٥).

عقد تدبير(١)

تعقـد في ذلك : «دبر فلان ابن فـلان مملوكه فلانًا الذي من نـعته كـذا، تدبيرًا صحيحًا، أوجب له بـه العتق بعد موته على سنة التدبير وحكمه وسبـيله، شهد عليه بذلك وهو بحال صحة وطوع وجواز وعرفه، وفي كذا» .

فقولنا: «دبر» .

التدبيـر مأخوذ من العـتق بعد موت المعـتق إدبار الحيـاة عنه، ودبر كل شيء ما وراءه، فمتى نص على لفظة التدبير ، أو قـال: هو حر عن دبر مني، فهذا حكمه ما لم يقيد ذلك بما يلزمه عن سنته.

فقوله: ما لم أغير ذلك، أو: أرجع عنه، أو: أحـدث فيه حدثًا، فهذا له حكم الوصية، ومتى كـان العتق بلفظ الوصية ولـم يذكر لفظ التدبيـر فليس له حكم التدبير إلا أن يعقده أيضًا بصفة التدبير وسنته كـقولك: إذا مت فعبدي فلان حر لا يغير عن حاله ولا مـرجع لي فيـه ، ومثل هذا فهـذا له حكم التدبيـر، وأما إذا قال مـجردًا: عبدي حـر إذا مت، أو: متى مت ، أو: بعد موتي، فله نيـته في ذلك من تدبير أو وصية، فإن عري عن ذلك، فابن القاسم يراها وصية حتى ينوي التدبير.

وأشهب يراها تدبيرًا حتى ينوي الوصية أو يقارنها ما يقتضيها من كونها السفر أو في المرض أو تجديد وصية ونحوها.

فإن شرط التخلف والإباق على مـا مضى في العتق إلى أجل جاز، وحكم المدبر بعـد الموت أن يخرج من الثلث ،ولا يرده فـي الحيـاة إلا الدين السابق، ويرده بعـد الوفاة الدين السابق واللاحق.

* * *

(١) قال ابن عرفة: «التدبير: عقد يوجب عتق مملوك في ثلث مالكه بعد موته بعقد لازم». ا هـ «شرح حدود ابن عرفة» (١ / ٥٢٢).

عقد كتابة[١]

«كَاتَبَ فلان ابن فلان مملوكه فلانًا، الذي من نعته كذا، بكذا وكذا ديناراً نجمًا عليه على كذا وكذا وكذا، معتدلة أولها، كذا يؤدي له ما ينوب كل في آخره، فإن عجز عنه عاد رقيقًا ، وإن أدى جميع ذلك خرج حرا ولحق بأحرار المسلمين فيما لهم وعليهم على ما أحكمته السنة في ذلك» وإن شرط عليه في الكتاب شيئًا زائدًا على ما ذكرته، ثم تقيد الإشهاد عليهما معا .

فقولنا: «كاتب فلان ...إلى آخره» .

هذا عتق على أداء المال مُنَجَّمًا ، وهي مشتقة من الأجل المضروب والكتاب هو الأجل، وقيل: من الكتاب الذي يكتبونه بينهم في عقد ذلك.

وقولنا: «بكذا وكذا ديناراً».

يجوز أن يكاتبه على وصفاء سودان وحمران، وإن لم يصفهم، وعليه الوسط من ذلك الجنس كالنكاح .

قال ابن القاسم: الكتابة بالغرر جائزة؛ لأنه عبده يجوز فيما بينه وبينه من الغرر ما لا يجوز بينه وبين غيره من الأجنبي ، ولا يشبه البيوع والنكاح.

قال أبو محمد: بخلاف من إباق العبد سيده؛ لأن ذلك تبايع، فإن كاتبه على عبد أبق أو بعير شارد أو جنين في بطن أمه أو دين على غائب جاز ذلك كله عند ابن القاسم في «العتبية»[٢] فإن لم يأت بذلك وأيسر منه بعد عجز:

وقال أشهب: لا أحبه، ولا أفسخ به الكتابة إن نزلت.

---

(١) قال ابن عرفة: «الكتابة: عقد عتق على مال مُؤَجَّل من العبد موقوف على أدائه». ا هـ. «شرح حدود ابن عرفة» (١ / ٥٢٤).

(٢) «البيان والتحصيل» (٥ / ٩١).

وقولنا: «منجمة على كذا» .

صواب، فإن سقط ذكر الأجل، وقال: على ألف درهم، ولم يضرب لها أجلاً.

قال في «المدونة»[١]: نُجِّمَت عليه، وإن كره السيد على قدر ما يرى من كتابة مثله وقدر خدمته، ولا تكون حَالّة والكتابة عند الناس مُنَجَّمَة.

فقال عياض[٢]: ظاعره أن الكتابة إما تكون منجمة، وإلى هذا أشار الشيخ أبو محمد في «رسالته»[٣]، أن التنجيم على ظاهر كلامه من شرطها وصحتها.

وحكى أبو محمد عبد الوهاب عن متأخري الشيوخ: أنها تجوز حالة ، وقد يحتمل قوله: الكتابة عند الناس منجمة أي الغالب والعرف، فلذلك حكى فيها في المبهمة بالتنجيم.

وقولنا: «فإن زاد على الكتابة شيئًا ذكرته وهو جائز» .

فإن كان الذي زاده خدمة بدنه أو عمل يده مدة، فأدى الكتابة وبقي ذلك العمل أو بعضه.

قال ابن المواز: فإنه ساقط ولا يؤدي لذلك عوضًا؛ لأن خدمة بدنه بقية رقه، فإذا دخلت الحرية رقبته سقط كل رق بقي فيه.

واعترض هذا عبد الحق، فانظره.

وقولنا: «فإن عجز عاد رقيقًا» .

وبعضهم يزيد أنه إن عجز عن نجم من نجومه فهو رقيق، أو لم يؤد نجومه إلى أجل كذا فلا كتابة له.

والحكم في هذا الشرط وعدمه سواء، ولم يكن للسيد تعجيزه بما شرط، ولا

---

(١) «التهذيب» (٢ / ٥٥٤).

(٢) «التنبيهات» (٢ / ٩٢٥).

(٣) «الرسالة» (ص/ ١١٤).

يعجـزه إلا السلطان بعد أن يجـتهـد له في التلوم بعد الأجل هذا قـوله في «المدونة» فألغى فـيها الشرط، وحكم هذا المكـاتب حكم الأرقاء في الميراث والشهـادة والحدود وغيرها حتى يؤدي ما عليه ،وتقييد الشـهادة على العبد وموافقته صواب للخلاف هل للسيد أن يجبـر عبده أم لا، فانظره وانظر بقية فقـه المكاتب في أمهات الكتب، فلسنا نطول بذكرها، وإنما ذكرنا هنا ما يتعلق بالنص.

* * *

باب الأقضية(١) والشهادات(٢)

اعلم أن الناس قد أكثروا من آداب القضاة ودونوا في ذلك الدواوين، ووصفوها في الكتب فعليك بها، وعلى الجملة فالقضاء محنة وبلية، ومن ولي القضاء فقد ذبح بغير سكين، فافهم قوله ﷺ: «**من ولي القضاء فقد ذبح بغير سكين**»(٣) وتدبره وفر منه فرارك من الأسد أو أشد، وإياك أن تغرك الدنيا بخدعها وتتزين لك بزخرفها وتقول: لعلي أحكم فأعدل فأكون في الجنة كما قال ﷺ: «**القضاة ثلاثة فهالكان وناج، فالناجي من حكم بكتاب الله وسنة رسوله**»(٤).

وأن الحكم بين الناس من أفضل أعمال البر وأعلى درجات الأجر، واعلم أن الجور في الأحكام واتباع الهوى أعظم الذنوب وأكبر الكبائر، قال الله عز وجل: ﴿**وَأَمَّا الْقَاسِطُونَ فَكَانُوا لِجَهَنَّمَ حَطَبًا (١٥)**﴾ [الجن: ١٥]، وقال رسول الله ﷺ: «**إن من أعتى الناس على الله، وأبغض الناس إلى الله، وأبعد الناس من الله يوم القيامة رجل ولاه الله من أمة محمد ﷺ شيئًا ثم لم يعدل فيه**»(٥).

---

(١) قال ابن عرفة: «القضاء صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح، لا في عموم مصالح المسلمين» ا هـ. «شرح حدود ابن عرفة» (١ / ٤٣٢).

(٢) قال ابن عرفة: «ما ارتضاه القرافي من كلام المازري ـ يعني: في تعريف الشهادة: أن الشهادة: الخبر المتعلق بأمرجزئي». ا هـ. «شرح حدود ابن عرفة» (١ / ٤٤٤)، و«الفروق» (١ / ١٠).

(٣) أخرجه أبو داود (٣٥٧١)، و(٣٥٧٢)، والترمذي (١٣٢٥)، وابن ماجه (٢٣٠٨)، وأحمد (٧١٤٥)، والنسائي في «الكبرى» (٥٨٩٢)، وأبو يعلى (٦٦١٣)، والدارقطني (٤٤٦١)، والحاكم (٧٠١٨) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه. وصححه الحاكم، والذهبي، وابن الملقن، وابن حجر، والألباني.

(٤) أخرجه أبو داود (١٣٢٢)، والترمذي (٣٥٧٣)، والنسائي في «الكبرى» (٥٨٩١)، وابن ماجه (٢٣١٥)، والحاكم (٧٠١٢) من حديث عبد الله بن بريدة عن أبيه مرفوعًا. وصححه الحاكم، والذهبي، والألباني.

(٥) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وفي هذا الباب أحاديث كثيرة صحيحة، تطلب في مظانها.

فالقضاء محنة ، ومن دخل فيه فقد ابتلي بعظيم؛ لأنه قد عَرّضَ نفسه للهلاك، إذ التخلص منه على من ابتلي به عسير، وقد كتب سلمان إلى أبي الدرداء: «بلغني أنك جعلت طبيبًا تداوه، فإن كنت تبرئ فنعما لك ، وإن كنت مطببًا، فاحذر أن تقتل إنسانًا فتدخل النار»(١) فكان أبو الدرداء إذا قضى بين اثنين ثم أدبر عنه نظر إليهما، فقال: ارجعا إلى أعيدا علي قصتكما ، فله فالهروب من القضاء واجب وطلب السلامه منه لا سيما في هذا الوقت لازم.

وقد روى عن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ أنه دعا رجلاً ليوليه القضاء فأبى فجعل يراوده على الرضي ، فأبى حتى قال له الرجل: أنشدتك الله يا أمير المؤمنين أي ذلك تعلم أفضل وخيرًا لي؟ فقال: ألا تلي القضاء، قال: فاعفني، قال: فعلت.

وقد روي عن أبي قلابة لما طلب لقضاء البصرة نفر إلى الشام حتى قدم غيره فرجع فقال له بعض إخوته: وما كان عليك لو وليت فعدلت، وأنت ممن يعلم، فقال له أبو قلابة : إذا وقع السباح في البحر عسى أن يسبح.

وقد صدق رضي الله عنه ، فانظر إلى قول عمر ـ رضي الله عنه ـ لما استشاره الرجل واستنصحه، وأين هذا الزمان، من ذلك الزمان فقد يفرون منه ويعتذرون، ولهم من العلم ما ليس لنا ،ومن القدم في الدين ما ليس لنا، فكيف نحن إذا نلناه على قلة من العلم وقلة زاد من التقى، وعدم عوان إلى الخير، وفساد من الناس، وكدر من الدنيا، فقد كان الناس إذا التقوا ينتفع بعضهم ببعض، وقد ذهب ذلك، فالنجاة اليوم في ترك ذلك.

وإياك أن يجرك إليه ويغبطك به حب الرياسة، فإنه باب صعب لا يبصره إلا الناقد من العلماء، فتفقد نفسك، واعلم أن السلامة اليوم في العزلة عن الناس وقلة

---

(١) أخرجه مالك (٢٨٤٢)، وابن وضاح في «البدع» (١٣٧)، وأبو نعيم في «الحلية» (١ / ٢٠٥)، والبيهقي في «الشعب» (٨٠٤٣)، وأحمد في «الزهد» (٨٣٩).

مخـالطتهم، فإنه قـد بدا من الناس اليوم أمور يشـتهي الرجل أن يموت، فـالحذر ثم الحذر منه ما أمكنك ، وإياك أن تحرص على ذلك ، فإن الحـرص عليه حسرة وندامة يوم القيامـة، كما قال رسـول الله ﷺ فيمن طلب القضـاء وحرص عليه وأراده وكل إليه، وخيـف عليه الهلاك ، ومن لم يسأله وامـتحن به وهو كاره خائف على نـفسه منه، أعانه الله عليه .

فإذا تأملت هذا كله، وابتلي به من قـدر الله له، فعليه بمطالعـة آداب القضاة من «ابن يونس» ، ومن «الوثائق المجموعة» وغيرهما.

ثم إذا وقع نظره بين الخـصـمين فـواجب عليـه إذا وقع الخصـمـان بين يديه أن يستنطق المدعي ويـقول :أيكم المدعي؟ فإن اتفـقا على أن أحدهمـا هو المدعي، سأله عن دعواه، فـإذا ذكرها، فـإن كانت دعوى لا تعلـق بالمدعى عليه عن شيء أمـرهما بالخروج من عنده، وإن كان في كـلامه نقص أمره بتمـامه، وإن كان في ذلك إشكال أمره ببيانه، حتى يتحقق كلامه تحقيقًا يزيل الإشكال ويرفع الاحتمال.

وقد قال أشهب وسحنون: لا يحكم القاضي حتى لا يشك أن قد فهم، فأما أن يظن [وهو يخال](١) أن قد فهم فلا ينبغي له ذلك.

فإذا صحت الدعـوى وسأل المدعى عليه عما عنده من إقـرار وإنكار، فإذا أجاب بما عنده في ذلك جوابًا بينًا لا إشكال فيه أيضًا، فإن كان في ذلك غموض أمره بكتب ذلك ثم تأمله.

وأجرى بينهما الحكم كما ينبغي.

وإن سأل أحدهما أو كليهمـا في أول مجلس أن يوكل ففي ذلك اختلاف، فمن العلماء من يرى لهـما ذلك أو لأحدهمـا، ومنهم من لا يرى ذلك إلا بعد أن ينعـقد بينهمـا ما يكون من إقـرار وإنكار ورسوم [المحـاضر](٢) ، والإقرارات لا تـنضبط،

---

(١) سقط من أ.

(٢) في ج: المخاصمة.

وحسبك أن تكتب دعوى المدعي كما يقول بلفظه لا تغيره فتقول: «قال فلان ابن فلان أن له قِبَل فلان كذا وكذا ديناراً ذهبًا من سكة كذا، من ثمن كذا، اشتراه منه وقبضه، وبقي الثمن في ذمته حتى الآن».

وإن كان من سلف، قلت: « من سلف صحيح قبضه منه من كذا».

وإن كانت الدعوى في دار قلت: « أن على ملكه داراً بمدينة كذا حدودها كذا، وأن فلانًا يعترضه فيها أو أن فلانًا وضع يده عليها ويريد منه الجواب على ذلك بموافقتها ومخالفتها» ثم تقول: «فحضر فلان ابن فلان وقرأ عليه المقال المذكور» .

فإن أقر بضمه ووافق على صحة دعوى المدعي، قلت: «وأقر بجميع ما ادعاه فلان المذكور ووافق عليه موافقة تامة».

وإن أنكر ذلك قلت مقابل القائل المذكور: « وأنكر جميع مقال القائل إنكاراً كليا».

ثم تقيد الإشهاد عليهما وتؤرخ .

وإن أبى من الجواب وامتنع من الإقرار والإنكار، فقد اختلف الشيوخ في ذلك، فقيل: أنه لا يترك فلابد من أن يقر أو ينكر، ويجبر على ذلك بالسجن والضرب ، وقيل: إذا أبى من الجواب لم يجبر على ذلك، وعد منه كالنكول ، ويقضى للطالب بعد يمينه، ولو قال: إني لا أقر ولا أنكر، لأني لا أعرف حقيقة ما يدعي، قيل له: احلف على ذلك، فإن حلف، قيل للطالب: اثبت دعواك ، وإن نكل المطلوب، قيل: إنه يجبر على الإقرار أو الإنكار ، وقيل: يقضى للطالب مع يمينه، وقيل: بغير يمين. انظر «الأجوبة» لابن رشد. فإذا وقع إنكار المطلوب،ولا بينة للمدعي، وأراد تحليف صاحبه، فإن كانت اليمين لا تجب إلا بلطخ أو شبهة كلفه القاضي إظهار ذلك، فإذا ثبت عنده، أوجب اليمين، وإلا صرف ذلك [إن كانت أصلاً][1] ، وإن كانت له بينة بدعواه ، فإن ادعى حضورها أمره بإحضارها، وإن كانت غائبة والغيبة

(١) سقط من ج.

قريبة أَجّلَه في ذلك الآجال المعلومة .

وهل عليه حميل بالوجه أم لا؟ في ذلك قولان، فإن عجز عن الحميل هل يسجن أم لا؟ فالذي مضى عليه العمل: أن عليه حميلا بالوجه ، وإن عجز عنه سجن ، وهذا الوجه إذا طلب القائم الحميل، انظر «الأجوبة».

وإن كانت الغيبة بعيدة وأراد تحليف صاحبه إلى أن يحضر بينته ، فذلك له، انظر «المجموعة».

وفي «المدونة»(١) : إن قال الطالب للإمام بينتي غائبة فاحلفه لي، فإذا قدمت بينتي قمت بها ، نظر الإمام، فإن كانت بعيدة وخاف تطاول الأمر وذهاب الغريم أحلفه، وكان له القيام ببينته إذا قدمت، وإن كانت قريبة ـ على مثل اليومين والثلاثة ـ لم يحلف إلا على إسقاطها .

وانظر هل يصدق من غير يمين أم لا؟ وقد وقع لابن الهندي فيمن ادعى بينة قريبة، وأراد سجن المدعى عليه أن يحلف أن له بينة قريبة ، فينبغي أن يحلف هنا أن له بينة(٢) .

قال المتيطي: يحلف أن بينته بموضع بعيد ويسمي البينة، وقال ذلك أيضًا ابن الهندي، وقال أبو إسحاق وإبراهيم: لا يحلف المدعي، وإنما يقول له: سم بينتك واشهد أن لا بينة لك غيرها، فإن أتى في خلال الأجل ببينة نظر فيها، فإن قبلها أعلمه بها، وبما شهدت وأعذر فيها المدعى عليه، فإن أتى بما يسقطها أعذر في ذلك أيضًا للمدعي حتى يعجز أحدهما فيقضي لصاحبه، وإن زعم الطالب أولاً أنه لا بينة له في بعض دعاويه وأنه له بينة [على](٣) بعضها، وذهب إلى استحلاف المدعى عليه فيما لا بينة له فيه، وإن بقي على إقامة البينة فيما له [فيه](٤) بينة ، فإنه إن التزم إن

(١) «التهذيب» (٣ / ٥٩٩).
(٢) في ج: بينة بعيدة.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.

لم تقم له بينة على ما زعم إلا تكون له على المدعى عليه يمين كان له أن يستحلفه فيما لا بينة له فيه، وإن لم يلتزم ذلك لم يكن له أن يستعجل يمينه ويؤخر ذلك حتى يقيم البينة التي زعمها على البعض، فإن أتى بها وإلا جمع دعاويه كلها وحلف له على الجميع ، فإذا أنكر الدعوى على ما مر في التقييد وكانت في دعوى بيع أو سلف ثبت الحق للقائم، فادعى المطلوب الخلاص من ذلك أو كانت الدعوى في وديعة أو قراض فأنكرها، ثم لما ثبت الحق ادعى ضياع ذلك أو رده، فهل يقبل ذلك منه أم لا؟

في ذلك خلاف مشهور تقدم قبل هذا.

وإن كانت الدعوى في معين دارًا، أو عبدًا أو عرضًا من العروض، وأنكر ذلك المدعى عليه مضى الحكم على ما تقدم.

فإن أقام كل واحد منهما بينة فلا يخلو ذلك من أربعة أوجه: إما أن يكون بأيديهما، أو بيد أحدهما، أو بيد ثالث، أو أن لا يد عليه.

فإن كان بأيديهما فعلى ثلاثة أوجه: إما أن يقيما البينة، أو لا يقيما بينة، أو يقيمها أحدهما دون الآخر.

فإن أقاما بينة قضى بأعدلهما، وإن تكافأتا قسم بينهما بعد أيمانهما، وأيهما نكل قضى للآخر عليه، وإن كانت إحداهما أعدل قضى بها، وهل يحلف أم لا؟

فظاهر «الكتاب»[1]: أنه يحلف من مسألة عفو الأرض، وقيل: لا يحلف، وإن أقام أحدهما بينة قضي له، وإن لم يقيما بينة حلفا وقسم بينهما، وإن كان بيد أحدهما، فإن أقاما بينة وتكافأتا سقطتا وبقي الشيء بيد حائزه، قال في «الكتاب»: ويحلف.

وفي «كتاب محمد»: لا يمين، وإن كانت إحداهما أعدل قضي لصاحبه بيمين أو

(١) «التهذيب» (٣ / ٦٠٦).

بغير يمين قولان، وإن أقامها قضي له، وإن لم يقيما بينة بقيت لحائزها.

وإن كانت بيد ثالث وهو يدعيها فلا يخلو من الثلاثة أوجه المتقدمة، فإن أقاما بينتين وتكافأتا فقولان، فقيل: تبقى لمن هي بيده ، وقيل: تقسم بينهما.

وإن كانت إحداهما أعدل قضي لصاحبها، وإن أقامها أحدهما قضي له، وإن لم يقيما بينة بقيت للذي هي بيده، وإن لم يدعها هذا الثالث فهي مسألة الزرع في «المدونة» قال فيها [(١)]: قال ابن القاسم: يقسم بينهما، وإن ادعاه رب الأرض كان أحق به ، وإن كان لا يدعيه فهي في «الكتاب» على ثلاثة أوجه:

أحدها: عفو الأرض.

الثاني: الدور والأرضون.

الثالث: ما يخشى تغيره ، انظر كتاب الشهادات منها.

فلو أقام هذا القائم بينة أنه ابتاعهما من فلان، وأنه باعه وملك وأقام من هي بيده أنه يملكها قضى بأعدلهما، هذا قوله في «المدونة»[(٢)].

قال بعض الشيوخ: هذا إذا تضمن الشراء أنه باعه ما ملك، وإن سقط ذلك الشرط من العقد لم تعارض البينة بالشراء بينة الملك بل لا تعارض الحوز وحده.

قال بعض الموثقين: قف على هذه المسألة فإنها أصل جيد عليه تدور أحكامهم.

وفي «النوادر»: إذا شهدت البينة بالشراء لا ينتفع بذلك حتى يشهدوا بطول اليد، والحوز والتصرف ولا منازع فيشهد الشاهد في صحة الملك بخمسة شروط اليد والتصرف تصرف المالك، ونسبتها لنفسه، وعدم المنازع، وطول الحيازة.

قال في العتق[(٣)]: عشرة أشهر.

---

(١) «التهذيب» (٣ / ٦٠٧).

(٢) «التهذيب» (٣ / ٦٠٧).

(٣) «التهذيب» (٢ / ٥٣٨).

وقيل: ستة ، انظر «المازري».

ولو كان هذا القائم ذكر في أول قيامه أن ذلك الحق الذي يطلب به صار له من ميت فالذي مضى عليه العمل وأفتى به الشيوخ: أن من ادعى حقا بيد غيره أو في ذمته، وادعى أنه صار له عمن ورثه عنه، أن المطلوب لا يسأل عن شيء حتى يُثبت الطالب موت موروثه الذي ادعى أنه ورث ذلك عنه ووراثته ، فإذا ثبت ذلك وقف المطلوب على الإقرار والإنكار خاصة ، ولم يسأل عن من أين صار له ذلك إن كانت الدعوى في ملك، فأنكر، وقال: المال مالي، والملك ملكي، اكتفى منه بذلك، وكلف القائم إثبات الملك على ما يجب، فإذا ثبت قيل: يسأل المطلوب حينئذ من أين صار إليه؟ وكلف الجواب، فإن ادعى أنه صار إليه ذلك مِنْ قِبَل موروث القائم بوجه يذكره، كلف له إثبات ذلك، وإن ادعى أنه صار له من غير موروث الطالب لم يلتفت إليه.

وقد قال بعض الموثقين: إن الفتيا مضت بأن المطلوب يلزمه ابتداء الجواب قبل المدعي موت موروثه ووارثته.

قال ابن رشد: هذا بعيد، انظر «الأجوبة» له.

وقال بعض الموثقين : لا يوقف إلا بعد إثبات الموت وعدة الورثة ، وتناسخ الوراثات، فإن لم يثبت ذلك لم يكن له يمين المطلوب؛ لأن من حجته أن يقول: إن من يقوم بسببه حي، وسيقوم ويقر أنه لا حق له عنده أو يخاصمني، وكذلك إن قام بودائع أو ديون الحكم في ذلك [سواء](١)، فإن قال الطالب: إنك عالم بموته وعدة ورثته قبل، وأقر بذلك لم يقبل قوله؛ لما في ذلك من إلزام الحقوق، ولا يمين عليه في شيء من ذلك، انظر «طرر ابن عات» .

وفي كتاب الدعوى والصلح من «العتبية» من سؤال ابن كنانة مالكا ما يخالف هذا ، انظره .

(١) سقط من أ.

فإن كانت الدعوى على ميت فلابد أيضًا من إثبات موت الميت وعدة ورثته ليتعين المطلوب فيحكم عليه، فإن كانت الورثة أكابر مالكين أمر أنفسهم رفعهم إلى القاضي وجرى الحكم على ما تقدم، وإن كانوا أصاغر، وكان لهم ناظر بإيصاء أو تقديم، رفعه وأثبت الإيصاء عنده وتنظر بينهم، غير أن الوصي لا يكلف جوابًا؛ لأن إقراره وإنكاره لا يعمل شيئًا.

وهل يعجز الوصي أم لا؟ في ذلك قولان، انظر «المتيطي».

فإن لم يكن لهم ناظر كان مقال للقائم مع القاضي، فإذا ثبت أن له الحق حكم بذلك على الأصاغر وأرجئ لهم الحجة ، وإن كان هذا القائم إنما قام على غائب، وطلب هذا القائم من القاضي أن ينظر له في أمره، فأول ما يبدأ به إثبات غيبة المدعى عليه من الموضع الذي فيه التحاكم بحيث هو من قرب أو بعد، أو بحيث لا يعلم، فإن كانت الغيبة قريبة يمكنه الإعذار إليه لم يحكم له عليه ، وأعذر إليه؛ لأن حكمه حكم الحاضر، وإن كانت الغيبة بعيدة سمع بينته ، وقضى له على توجه الإعذار للغائب وإرجاء الحجة له إن قدم، وَحَدّ القرب الذي لا يحكم فيه على الغائب إلا بعد الإعذار بأن يكتب إليه فإما أن يوكل أو يقدم ، فإن لم يفعل حكم عليه ، ولم ترج له حجة الثلاثة أيام، ونحوها، وَحَدّ الغيبة التي يحكم فيها عليه فيما عدا الأصول على مذهب مالك ولا يعذر إليه ، وترجى له الحجة العشرة الأيام ونحوها.

وابن الماجشون وسحنون يقولان: يحكم في هذه الغيبة على الغائب في كل شيء من الأصول وغيرها ولا ترجأ له حجة، ويوكل عنه الحاكم وكيلاً يعذر إليه على قولهما.

وهذا مع الأمن والطريق المسلوكة ، وأما إذا لم تكن الطريق مسلوكة ولا مأمونة، فيحكم فيها وإن قربت الغيبة ، انظر «الأجوبة».

فإذا أثبت هذا القائم حقه قِبَلَ الغائب، وسأل من القاضي أن يعديه وماله في ربعه، وقد كان أثبت المغيب على ما تقدم وبعده أو جهل الموضع ، وأثبت دينه

وحلف فيه يمين القضاء، وأثبت الملك بـشروطه، وأنه لا مال له يؤدي منه ما عليه إلا من ذلك ، أو أن ذلك أحق ما يباع عليه، والسداد في الثمن والإنشادة للبيع في نطاق بيعه، ثم يُقَدِّمُ القاضي من يتولى البـيع والقبض وقضاء الدين ، وقد مضى بيان ذلك في باب البيوع فالتمسه هناك.

ولا بد في الحكم على الغائب من تسمية البينة على القول بإرجاء الحجة له ليجد السبيل إلى رد الـقضية عن نفسـه بترجيح البينة، هذا هو المشـهور في المذهب المعلوم لابن القـاسم وروايته عـن مالك ، وإن لم يسم البـينة في الحكم عليـه والقـضيـة ، فالقضية مردودة ، ويستأنف الحكم فيها.

قال ذلك أصبغ في «الواضحة» وغيـرها: وهو صحيح على قولهم في أن الحجة ترجأ لهم.

وأما الحكم على الحاضـر فلا يحتاج إلى تسمـية الشهود، إذ قد أعـذر فيهم إلى المحكوم عليه، إلا أن تسميـتهم أحسن، قال: وبذلك مضى العمل، إلا أن تسـميتهم أحسن.

قال ابن أبي زمنين : الذي مضى عليه الحكام تسمية الشهود ، وهذا في الحاضر، وأما الغائب والصغير فلابد من تسميتهم.

وقد روي عن سحنون: إذ تسميتـهم أيضًا في الحكم على الغائب لا يلزم، وإن ذلك أحسن.

وهذا من قوله إنما يأتي على قول ابن الماجـشون في أن الغائب إذا حكم عليه لا ترجأ له حجة ، فإذا وقعة الحكم على حاضر ثم قام بعد الحكم يتعرض لنقض الحكم فلا يخلو تعرضه من خمسة أوجه.

أحدها : أن يأتي بحجة ، يقول: كنت أغفلتها .

الثاني: أن يحضر بينته ويقول: لم أحضرها .

الثالث: أن يخرج البينة إما بالإسفاه أو بالعداوة أو بالصداقة، أو أن الشاهد مولى عليه أو عبد أو نصراني.

الرابع : أن ينكر الخصومة.

الخامس: أن يقر بالخصومة وينكر أنه شهدت عليه البينة.

فأما الأول: فلا يقبل منه.

وفي الثاني ثلاثة أقوال:

فقال ابن القاسم: تسمع منه البينة.

وقال سحنون: لا تسمع.

وقال ابن المواز: إن كان هو القاضي نقضه ، وإن كان غيره فلا ينقضه.

وفي الثالث : قولان:

مذهبه في كتاب الشهادات: ينقض الحكم.

وفي الحدود: لا ينقض.

هذا إذا ثبت الإسفاه والعدواة والصداقة ، فإذا ثبت أنه عبد نقض، والأولى ألا ينقض، وإذا ثبت أنه مولى عليه نقض، وقيل: لا ينتقض، وإذا ثبت أنه نصراني نقض .

وفي الرابع: قولان، قال أصبغ: يقبل قول القاضي.

وقال ابن الجلاب: لا يقبل.

وفي الخامس: قولان.

وقال ابن رشد في الأقضية الأول من «البيان»: اختلف فيمن أتى ببينة بعد الحكم بالتعجيز ، هل تقبل منه أو على ثلاثة أقوال ؟ :

فقيل: تقبل طالبًا كان أو مطلوبًا، وهي ظاهر «المدونة».

وقيل: لا تقبل منهما، وهو قول ابن القاسم في رسم النكاح من «سماع أصبغ» .

الثالث: يقبل من الطالب ولا يقبل من المطلوب، وهو ظاهر قول ابن القاسم في «سماع أصبغ» من «كتاب الصدقات والهبات»(١).

قال بعض الشيوخ: وهذا الاختلاف إنما هو إذا عجزه القاضي بإقراره على نفسه بالعجز، وأما إذا عجزه بعد التلوم والإعذار، وهو يدعي أن له حجة فلا يقبل منه ما أتى به بعد ذلك؛ لأن ذلك قدره من قوله قبل نفوذ الحكم، وحكم القيام على الصغير في الحكم كالحكم على الغائب سواء، وينبغي للقاضي ألا يسأل الصبي عن شيء ، وكذلك إن كان سفيهًا، ولا يكلفهما إقرارًا ولا إنكارًا، غير أن القاضي إن كانت الدعوى مما إذا ثبتت بالبينة لزمت الصبي أو السفيه فيكلفه القاضى البينة كالغائب سواء ، وما كان من الصبي والسفيه من العداء الاستهلاك والجراح والقتل فذلك لازم للصبي والسفيه، وما كان من ذلك على الطوع من القائم والإباحة منه كالبيع والشراء، والمعاوضة والسلف فلا يلزم الصبي والسفيه شيء من ذلك، فإن كان المدعى عليه سفيهًا، ففي يمينه فيما ادعى [هو](٢) وردت عليه اليمين فنكل عنها أو حلفها تفصيل يضيق هذا عن ذكره، فانظره في أمهات الكتب.

وإن كان هذا القائم إنما قام على مملوك، وقدم إلى القاسم مع القاضي دعوى المدعي، وسمع مقال العبد في الإقرار والإنكار ثم يمتحن حال العبد، فإن كان مأذونًا له فسبيله سبيل الحر سواء، وإن كان محجورا عليه كان إقراره موقوفا حتى يرده السيد ويلزمه إياه، فإن جهل حال العبد فهو على الحجر حتى يثبت الإذن، أتى القائم ببينة تشهد له بالإذن فوجه ما تكتب في ذلك: « يعرف شهوده فلان ابن فلان ومملوكه فلان الذي من نعته كذا، معرفة صحيحة تامة ، ويشهدون أن فلانًا المذكور أذن لعبده فلان في التجارة، أو أن السيد أقر عندهم أنه أذن لعبده فلان في التجارة»، وإن كان

---

(١) «البيان والتحصيل» (٥ / ٨٤) و(١٤ / ١٠٣).
(٢) في ج: هو بُعْدٌ.

ذلك بالعلم بالإذن، فيقولون : «إنا نعرف العبد فلانًا في حانوت يتجر فيه بمعرفة مولاه فلان لا يغير ذلك ولا ينكره».

ثم تقول: «واستمر حاله على ذلك حتى الآن ، وقيدوا بذلك شهادتهم في كذا».

ولا يقبل من البينة أن يقولوا: «نعرفه مأذونًا له في التجارة » دون أن يستندوا إلى الوجه الذي يعرفونه مأذونا ، وكذلك يجب في جميع الأشياء من دين أو غيره فلابد أن يقولوا : إنهم حضروا السلف أو السلم، أو أقر عندهم بذلك، وكذلك في البيع لابد أن يقولوا: «إنه باع منه كذا بمحضرهم أو بإقراره» ؛ لأن الأكثر لا يفهم ما تصح به الشهادة، فقد يتُوهمون أنه وجب الدين من حيث لا يجب، فيجب على القاضي أن يكشف عن وجه علمهم بما شهدوا، انظر «ابن سهل»(١) عند إقرار ابن صفوان، وتأمله.

فإذا ثبت ذلك عند القاضي أعذر في ذلك للسيد وللعبد، فإن أقر بذلك السيد دون العبد، فإقرار السيد لازم للملوك فيما في يده من المال خاصة دون الذمة؛ لأن ذلك منه على معنى الانتزاع منه لماله، إلا أن يكون على العبد دين، ويكون الدين أحق بماله من إقرار سيده، وإن لم يكن على العبد دين ، وكان ماله لا يفي بدينه ، فليس للسيد أن يعجل في ذمة مملوكه دينًا بغير رضا من المملوك، وإن ثبت أن العبد محجور عليه وغير مأذون له وثبت الدين بالبينة على ما مضى أو بإقرار العبد أوقف القاضي سيد العبد على ما ثبت عنده من إقراره المملوك ، ومن الشهادة عليه، ثم كان الأمر في إجازة ذلك وفسخه عن العبد إلى السيد .

وإن كان هذا القائم إنما قام بالحق على امرأة.

فقال ابن حارث في محاضرة : الواجب في ذلك أن يأمر بإحضارها مجلسه إن كانت من أهل الظهور، والخروج إليه أو توكل، وإن كانت من أهل الستر والحجاب،

---

(١) «الإعلام بنوازل الأحكام» (ص/ ٣٧٥).

أمرها بالتوكيل أو بالتكلم عن نفسها في بيتها بمحضر رجلين يعرفانها، ثم قال: حضرت بنفسها فلابد أن تكون سافرة الوجه، فإن الشهود لا يعرفونها بالعين والنسب، فلابد أن يثبت عند القاضي عينها واسمها إذ لا يجوز للقاضي أن يحكم إلا على معروف لمعروف في معروف بشهادة معروف، أما الحاجة إلى معرفة المحكوم عليه، فقد يأتي من يتسمى باسم غائب ، وتجري عليه الأحكام وهو لم يحضر ولم يقع حكم، وكذلك الحكم في المحكوم له.

وأما الحاجة إلى معرفة المحكوم فيه، فالوقوف على عينه يكفي في ذلك، أما عند الشهادة عند القاضي وبالحيازة إن كان ربعًا.

وأما الحاجة إلى معرفة الشاهد لأجل التعديل والتجريح؛ لأن العدالة لا تكون إلا بمعرفة الشاهد إما أن يعرفه القاضي بالعدالة أو بالجرحة فيكفيه ذلك، وإما أن يعرفه بالعين والاسم ولا يعرفه بعدالة ولا جراحة ، فيعدل عنده ، وأما من لا يعرفه البتة فيعرف باسمه وبحاله وبعدالته على عينه.

ثم إن القضاة تختلف مذاهبهم، فمنهم من يكتفي بالتعديل الظاهر ويحكم به، ومنهم من لا ينفعه التزكية الظاهرة دون الكشف عن الباطن، ثم يجري الحكم على المرأة على ما تقدم .

وإن كان هذا القائم إنما قام على امرأة بضمان حق عن رجل ينبغي للقاضي أن يوقف زوجها إن كان لها زوج على ما أقر به من ذلك، ويعذر إليه من أجل أن للزوج أن يرد ضمان زوجه إذا كان ذلك أكثر من ثلثها؛ لأن ذلك من باب المعروف ، وليس لها أن تفعل معروفًا إلا فيما دون الثلث، هذا ضبط تصرف القاضي ونظره باختصار.

ومسائل النوازل والخصومات لا تنضبط فعليك بمعرفة المدعى والمدعى عليه؛ إذ ذلك أصل التداعي، فمن عرف ذلك بأن له وجه الحكم، والله تعالى الموفق بفضله ويمنه.

باب الشهادات(١)

اعلم أن الشهادة معناها: البيان، وبه يسمى الشاهد شاهداً؛ لأنه يعين الحق من الباطل.

وشروط الشهادة الجائزة العامة في كل شيء ثمانية: البلوغ، والعقل، والذكوري، والحرية، والإسلام ،والعدالة، وضبط الشهادة عند الأداء، وعند السماع، وارتفاع الظنة من عداوة خاصة للمشهود له.

وتخريج بعض هذه الشروط في بعض النوازل كشهادة الصبيان في الجرح والقتل، وشهادة النساء في الأموال.

وشروط العدالة أربعة: صدق اللهجة، واجتناب الكبائر ، وتوقي المثابرة على الصغائر، والتزام مروءة مثل الشهادة.

ثم اعلم أن الشاهد في شهادته حالين : حال تحمل، وحال أداء.

فأما حال التحمل فليس من شرط الشاهد فيها إلا أن يكون على حالة واحدة وهي الضبط والميز صغيراً كان أو كبيراً،حرا كان أو عبدًا، مسلمًا كان أو كافرًا، عدلاً كان أو فاسقًا.

وأما حال أدائها، فمن شرط جواز شهادة الشاهد فيها أن يجمع فيه خمسة أوصاف متى عري عنها أو عن واحدة منها لم تجز شهادته، وهي: البلوغ، والعقل، والحرية ،والإسلام، والعدالة .

فإذا تقرر هذا فالشاهد ينقسم على ثلاثة أقسام: شاهد معروف بالعدالة ، وشاهد معروف بالجرحة، وشاهد مجهول الحال.

فأما الأول : فتجوز شهادته، ويحكم بها للطالب بعد الإعذار.

وأما الثاني: فلا تجوز شهادته إلا بعد التوبة.

---

(١) انظر: «شرح حدود ابن عرفة» (١ / ٤٤٢).

وأما الثالث: فيتوقف عن شهادته حتى يسأل عنه، وفي ذلك خلاف.

قيل: إنه يحمل على العدالة حتى تعلم جراحته على ظاهر قول عمر، وقيل: على الجرحة، انظر «المقدمات»[(١)].

فإذا قلنا : إنه يحمل على الجرحة ، وهو المشهور ، واحتيج إلى تعديله فنص ما يكتب في ذلك: « يعرف شهوده فلان ابن فلان معرفة صحيحة تامة، ويعلمونه عدلاً في أحواله ونفسه رضي في شهادته وقوله ممن تجوز شهادته ويقضى بها ولا يعلمونه رجع عن ذلك حتى الآن ، وقيدوا بذلك شهادتهم على عين فلان المذكور في كذا».

ولا يجوز في التعديل أقل من اثنين؛ لأنه حكم يثبت في البدن، فوجب ألا يثبت إلا بشاهدين، أصله سائر الأحكام.

وقولنا: «عدلاً في أحواله رضي في شهادته».

هو الصواب ، فإن سقط أحدهما وثبت الآخر فهل يحترز بذلك أم لا؟

فقال ابن رشد[(٢)]: اختار أصبغ أن يجمع بين اللفظين؛ لأن الله تعالى قال في موضع: ﴿ مِمَّن تَرْضَوْنَ ﴾ [البقرة :٢٨٢] وفي موضع: ﴿ ذَوَيْ عَدْلٍ ﴾ [الطلاق:٢]، فإن اقتصر على أحد اللفظين اكتفى بذلك ؛ لأن من كان من أهل العدل فهو من أهل الرضى، ومن كان من أهل الرضى فهو من أهل العدل، فلو اقتصر على قوله: « ممن يجوز أن تقبل شهادته»، ولم يزيدوا على ذلك لكان تعديلاً إذا كانا عالمين ، فإن كانا غير عالمين لم ينفذ قولهما إلا بالعدل والرضى .

وقولنا: «على عين الشاهد».

صواب إلا أن يكون الشاهد المعدل مشهور العين في البلد لا يشتبه بغيره في صفته واسمه، فيزكى غائبًا.

---

(١) «المقدمات» (٢ / ٢٨٥ ـ ٢٨٨).

(٢) «البيان والتحصيل» (١٠ / ١٣٠).

وقال بعض أهل العلم: معنى قولهم: «لا يزكى الشاهد إلا عن عينه» هذا إذا كان غائبًا عن مجلس القاضي حاضرًا البلد أو قريب الغيبة، وأما إن كان بعيد الذكر

يجب للقاضي إذا ثبت التعديل المذكور أن يعدل إلى المشهور عليه في شهادة من شهد في الأصل وفي المزكين ، ويبيح له المدفع فيهم.

فإن كان القاضي إنما كشف عن البينة في السر .

فقال ابن رشد[1]: تعديل السر يفارق تعديل العلانية في وجهين:

أحدهما : أنه لا إعذار فيه.

والثاني: يجتزئ فيه بالشاهد الواحد، وإن كان الاختيار اثنين بخلاف تعديل العلانية في الوجهين، هذا معنى ما في «المدونة» .

فإذا أعذر القاضي للمشهود عليه في ذلك، فأتى بمن يشهد له بجرحة كتبت في ذلك: « يعرف شهوده فلان ابن فلان بعينه واسمه معرفة صحيحة تامة، ويعلمونه ممن لا ترضى أحواله، ولا تجوز شهادته لقبح مذهبه وسوء طريقته، ولا يعلمونه رجع عن ذلك حتى الآن وقيدوا بذلك شهادتهم على عين فلان المذكور في كذا».

فقولنا: ممن لا ترضى أحواله ...إلى آخره .

دون تعيين الجرحة لا يقبل إلا من العالمين بوجوه التجريح، وإن لم يكونا عالمين كشفا عن الوجه الذي يجرحانه به، وتعقد في ذلك كما تقدم إلى قوله: « من لا ترضى أحواله »، فنقول: « لأنه يعمل بالربا أو يشرب الخمر أو ممن يسمع القيان أو من أهل الكذب ، أو من أهل الشر» ثم تكمل العقد.

وإن كان التجريح بعداوة قلت: « يعرف شهوده فلانًا وفلانًا معرفة صحيحة تامة، ويعلمون بينهما عداوة قديمة وشحناء ومقاطعة على أسباب الدنيا وحطامها منذ كذا وكذا ولا يعلمونهما اصطلحا ولا رجعا عن ذلك حتى الآن في علمهم ، وقيدوا

---

(١) «البيان والتحصيل» (٩ / ٤٥٠)، وانظر أيضًا: «النوادر والزيادات» (٨ / ٢٧٣).

بذلك شهـادتهم في كذا»، فإذا ثـبت ذلك، وقد كان عـدله المعدلون ، فقـد قال في «المجموعة» الـذي مضى عليه العمل: أن المجرحين أتم شهـادة ؛ لأنهم عملوا ما لم يعلمه الآخرون ، وقيل: ينظر إلى أعدل البينتين.

وقولنا: «على أسباب الدنيا وحطامها».

احتراز من عداوة الدِّين؛ لأنها لا تؤثر.

وقولنا: «منذ كذا وكذا».

هو الصواب، فإنه إذا شهد الشاهد بشهـادة وتحملها حفظت عنه وقيدها، وليس بينه وبين المشهود عليه عداوة ، ثم حدثت [العدواة](١) قبل الأداء ، هل يؤثر ذلك أم لا؟

في ذلك خـلاف ، انظر «اللخمي» فـي كتـاب الشهـادات، وفي أول القطع في السرقة منه. فإذا تقرر هذا فلا تجوز شهـادة خصم في حال الخصومة ، وأما بعد طول فتجوز، وإن كان بالقرب فقولان.

وصرف الخلاف العداوة التي يثيرها الخصام هل تزول بزوال الخصام أم لا؟

ولا ضنين [أي](٢) المتهم بالميل، وقـيل: هو المتهم في دينه ولا جار إلى نفـسه، وصـورته : أن يكون له على رجل دين وهو عـديم يشـهد لـذلك الرجل بدين على رجل آخر ، فكأنه إنما يشهد لنفسه ليأخذ دينه.

ولا تجوز شـهادة أحد الزوجين لصـاحبه، ولا لزوج ابنتـه، ولا لأم امرأته، ولا لولدها ، وكذلك الزوجة لابن زوجها، وأجاز ذلك سحنون، وأصل هذا إن كان من فقره له فـقر، وغناه له غنى لم تجز شـهادته له، ولا تجوز شهادة الأبويـن أو أحدهما للولد، ولا الولد لهمـا، ولا الجد لابن ابنه، ولا الرجل لجـده، ولا يجوز نقل الأب

---

(١) زيادة من ج.

(٢) سقط من أ.

عن الابن ، ولا الابن عن الأب وإن كان مشهور العدالة ، وفي ذلك خلاف، وكذلك شهادة الأب مع ابنه في صحيفة واحدة، وكذلك الشهادة عند أبيه، وكذلك الشهادة على حكم أبيه، وفي كل وجه قولان .

وتجوز شهادة الأخ لأخيه قيل: مطلقًا، وقيل: إذا كان مبرزًا في العدالة، والرجل لمولاه، ولصديقه الملاطف، وقيل: كالأخ.

وإذا رد بعض الشهادة للتهمة ردت كلها، هذا هو المشهور من المذهب، وقيل: [إنه][١] يجوز [منهما][٢] ما لا تهمة فيه، وإذا رد بعضها للسنة جاز منها ما أجازته السنة، وقد قيل: ترد كلها ، وإذا رد بعض الشهادة لانفراد الشاهد بها دون غيره، فتجوز فيما يصح فيه الشاهد الواحد وتبطل فيما سواه، وقيل: إن الشهادة كلها مردودة، وإذا نسي بعض الشهادة، وحفظ بعضها سقطت كلها.

فالأول: مثل أن يشهد الرجل لأبيه ولغيره.

والثاني: أن يشهد النساء بمال وعتق

والثالث: مثل أن يشهد الرجل الواحد بمال وعتق، انظر «المقدمات»[٣].

وتجوز الشهادة [على الشهادة][٤] بشروط:

أحدها: أن يكون شهود الأصل وشهود النقل عدولاً.

الثاني: أن ينقل اثنان فأكثر.

الثالث: أن يكون ذلك لعذر من مرض أو غيبة.

الرابع: أن يبقى شهود الأصل على شهادتهم حتى يحكم [بها][٥].

---

(١) زيادة من ج.
(٢) زيادة من ج.
(٣) «المقدمات» (٢ / ٢٩١).
(٤) سقط من أ، ب.
(٥) سقط من أ.

الخامس: أن يقول المنقول عنهم للناقلين: انقلوا عنا.

وشهادة النساء عند ابن القاسم جائزة في ثلاثة مواضع:

أحدها: في الأموال.

والثاني: ما ليس بمال إلا أن موجبه مال كالوصية بالمال والوكالة على المال والمواريث.

والثالث: ما لا يحضره الرجال في غالب الأحوال، أما الأموال فتقبل فيه شهادتهن مع رجل واحد أو مع [يمين](١) الطالب.

وأما الثاني، فلا تقبل فيه إلا مع رجل.

وأما الثالث، فشهادة امرأتين فيه تقوم مقام رجلين كشهادتين على الاستهلال والرضاع وعيوب النساء والحيض والسقط والحمل وشبه ذلك، فإذا شهدت امرأتان بالرضاع وفشى ذلك، جاز باتفاق ، وإذا شهدت امرأة واحدة، ولم يفش لم يجز باتفاق.

واختلف في شهادة امرأة واحدة مع الفشو وفي شهادة امرأتين دون الفشو هل تجوز أم لا؟ في ذلك قولان.

وأما شهادة الصبيان بعضهم لبعض في القتل والجراح، فتجوز بشروط.

أحدها: أن يكون الصبي ممن يعقل الشهادة.

الثاني: أن يكون ذلك ذكرًا.

الثالث: أن يكون حرا.

الرابع: أن يكون محكومًا عليه بحكم الإسلام.

الخامس: أن يكون اثنين فأكثر.

---

(١) سقط من أ.

السادس: أن يكون في القتل والجراح.

والسابع: أن يكون [ذلك][(١)] فيما بينهم.

الثامن: قبل أن يفترقوا أو يخببوا .

التاسع: أن تكون شهادتهم متفقة غير مختلفة. انتهى.

وتجوز شهادة الوصي على الميت بدين، وفي شهادة الوارث تفصيل، فإن كان الوارث عدلاً أخذ به، وأخذ منه، وإن كان رشيدًا غير عدل أخذ منه، ولم يؤخذ به، وإن كان سفيهًا عدلاً، لا يؤخذ منه، وهل يؤخذ به أم لا؟

في ذلك قولان، فإن كان سفيهًا مسخوطًا فلا يؤخذ به، ولا يؤخذ منه.

وأما شهادة السماع[(٢)]:

فقال بعض الشيوخ: حكم شهادة السماع [ألا تقبل إلا في ألا يكون لها مستحق بأكثر من شهادة السماع][(٣)] ومع طول الزمان ودروس البينات ، ولا تقبل من تجريح ولا تعديل ، ولا حد ولا ولاء ولا نسب إلا أن يكون سماعًا يقع به العلم، فإن قصرت عن هذا الحد فإنما يستحق به المال دون الولاء والنسب.

وإن كانت الشهادة على السماع في ربَع، فتجوز فيما قدم وإن لم يقع به علم، ثم هي علي ثلاثة أوجه يبقى بها ما في اليد، ولا ينتزع بها ما عليه يد، واختلف هل يؤخذ بها ما ليس عليه يد أم لا، انظر «اللخمي».

فعلى ما قررنا تجوز بشروط خمسة: في الأموال و[أن][(٤)] لا يعارضها ما هو أقوى منها، وطول الزمان، واليمين، وعدم الريبة.

---

(١) زيادة من ج.

(٢) قال ابن عرفة: «شهادة السماع: لقبٌ لما يُصَرَّح الشاهد فيه باستناد شهادته لسماع من غير مُعَيَّن». ا هـ. «شرح حدود ابن عرفة» (١/ ٤٥٥).

(٣) سقط من ج.

(٤) سقط من أ.

وإنما وجب فيها اليمين، لأن السماع إنما هو نقل، ولعل أصل السماع عن شاهد واحد، والشاهد الواحد لا يقوم به الحق إلا مع يمين الطالب.

وأما عدم الريبة مثل أن يشهد رجلان على السماع ، وفي القبيل مائة رجل من أسنانهم لا يعرفون ذلك، فلا تقبل شهادتهم، انظر «ابن محرز»، وتجوز شهادة السماع في النكاح إذا اشتهر خبره في الجيران، وكذلك في الموت يسمع النياحة، ويشهد الجنازة، أو لا يشهدها ، إلا أن القول كثير بذلك.

وكذلك النسب يسمع من الناس أن فلان ابن فلان ويتكرر القول به.

قال بعض الشيوخ : إن كانت الشهادة في حياة الأب لم تجز، وأما بعد موته فمختلف فيه، قيل: يكون له المال ولا يثبت له النسب، وهو قول ابن القاسم، وقيل: لا يكون له المال، ويثبت له النسب، وقيل: لا يكون له مال ولا يثبت له نسب، وكذلك القاضي يتولى القضاء.

قال أصبغ : وكذلك المرأة تفتدي من زوجها ثم يشهد لها بالسماع أن زوجها كان يضربها.

وإذا دعي الشاهد لأداء شهادته في وثيقة وعرف خطه، ولا يذكرها أو دعي إلى الشهادة على خط شاهد غاب أو مات ، أو إلى الشهادة على خط المقر بهذه ثلاث مراتب، **فأقواها**: الشهادة على خط المقر، [**وتليها**: الشهادة على خط الشاهد][(١)] **وتليها**: الشهادة على خط نفسه، وهي أضعفها، وفي جميع ذلك خلاف ، فمن لا يجيز الشهادة على الخط في الوجوه كلها، ويتحصل في الجملة أربعة أقوال:

أحدها: أن الشهادة على الخط لا تجوز في شيء.

الثاني: لا تجوز إلا على خط المقر.

الثالث: لا تجوز إلا على خط الشاهد.

---

(١) سقط من أ، ج، والمثبت من «البيان» (٩ / ٤٤٢).

الرابع: تجوز في الوجوه كلها ، هذه طريقة ابن رشد، انظر «البيان»[(١)].

وقال بعض الشيوخ: حكى ابن المواز وابن سحنون: أنه يختلف قول مالك في الشهادة على خط المقر أنها جائزة ، وحكى ابن عبد الحكم عنه في ذلك روايتان.

وأما على خط الشهود، فإن أضافوا إلى ذلك الإذن في النقل استقل الحكم، ولا خلاف في ذلك، وإن لم يقع منهم إذن ففي ذلك قولان، فلو أذن الشهود أن ينقل عنهم وسمع منهم آخرون ، فهل يجوز أن ينقلوا عنهم أم لا؟ في ذلك قولان.

وإذا رجع الشاهد عن شهادته قبل الحكم، فإن كان لشبهة قُبِلَ رجوعه، وجازت شهادته لما يستقبل، وإن كان لغير شبهة لم تُقْبل شهادته، وفي إذنه خلاف.

وإن كان رجوعه بعد الحكم، فإن كان لشبهة فاختلف في ضمانه وفي رد شهادته، فإن كان مبرزاً قُبِلَ قوله: شُبِّه عليَّ، باتفاق، وإن لم يكن مبرزاً فباختلاف، وإن لم يأت بشبهة لم تُقبل شهادته ويضمن ويؤدب.

وإذا شهد القاضي على أحد بشيء رفعه إلى من فوقه، [و][(٢)] كان شاهداً، واختلف هل يرفع إلى من دونه ـ أعني: من تقديمه ـ أم لا؟ في ذلك قولان، وإن رآه السلطان الأعلى هل يدفع ذلك إلى القاضي أم لا؟ في ذلك قولان.

قال في «المدونة»[(٣)]: يرفع إلى القاضي، وهذه ضرورة .

قال سحنون: لا يرفع، وعن أشهب مثل سحنون.

ولو اختلفت الشهادة بأن شهد أحدهما بمائة دينار، وشهد الآخر بخمسين، فقال في «المدونة» [(٤)] : فإن شاء حلف مع شاهد المائة وقضى له بها، وإلا أخذ الخمسين بغير يمين.

---

(١) «البيان والتحصيل» (٩ / ٤٤٢).

(٢) في أ: و إن.

(٣) «المدونة» (٣ / ٥٧٩).

(٤) «المدونة» (٤ / ٢٩).

قال بعض القرويين: هذا إذا كان ذلك في مجلس واحد، ولو كان ذلك في مجلسين، وادعى الطالب المالين لحلف مع كل شاهد، ويستحق المالين، ولو شهد أحدهما بطلقة يوم الجمعة ، وشهد آخر بطلقة يوم السبت، فقد اتفقا على طلقة واحدة وتلفق شهادتهما.

وقد اختلف في تلفيق الأفعال، مثل أن يشهد شاهد أنه قال: امرأته طالق إن كلم فلانًا، وكلمه، وشهد آخر أنه قال: امرأته طالق إذا دخل دار فلان ودخلها، انتهى.

ولو شهدت بينة أنه أقر لفلان بمائة، وقالت بينة أخرى : كنا حضوراً فلم يقر بشيء، أن من أثبت حكمًا أولى ممن نفاه.

ولو شهدت بينه: أَنَّا رأيناه في الوقت الفلاني قتل فلانًا، وشهد آخرون أنه كان معنا في الوقت المذكور بموضع بعيد ، أن من أثبت حكمًا أولى ممن نفاه.

ولو شهدت بينة: أنه طلق امرأته في الوقت الفلاني، ولم يقل غير ذلك، وشهد آخرون: أَنَّا كنا معه في ذلك الوقت فأعتق عبده ولم يطلق امرأته.

ففي «كتاب محمد»: تكاذب، وألزمه ذلك في «كتاب ابن حبيب» انتهى.

* * *

باب أذكر فيه رسومًا ضرورية لابد منها

رسم وراثة وتناسخ:

وإن كان تقدم رسمها، فإن يدها الآن بيان لما بقي، فإن شهدوا أن لا وارث له إلا إخوته فلان وفلان فلابد أن تذكر أنهم أشقاء أو لأب، فإن لم يقع في الوثيقة غير ذكر الإخوة، فإنه ينظر إلى الشهود ، فإن كانوا من أهل العلم نفذت شهادتهم ، فإن لم يكونوا من أهل العلم فلابد من تفسير الأخ هل هو شقيق أو لأب إذ يحتمل أن يكون لأم، فإن كان بعض الشهود لا يعرفون أسماء البنين وعرفوا عددهم كانت الشهادة في الوارثة تامة، انظر «ابن عات»، وتفريقه بين الزوجة والبنات فإن كان الوارث ابن عم قلت بعد صدر الوثيقة: « لا يعلمون له وارثًا سوى ابن عمه فلان » وكَمِّلْتَ الوثيقة إلى آخرها، وإذا ذكرت اجتماعهما في جد واحد كان أكمل ، وإن سقط لم يضر إذا ضمنوا في شهادتهم أنهم لا يعلمون له وارثًا غيره.

فإن كانت الشهادة على السماع جاز ذلك، وتعقد في ذلك، «يعرف شهوده فلان ابن فلان معرفة صحيحة تامة، ويشهدون بأنهم سمعوا سماعًا فاشيا مستفيضًا على ألسنة أهل العدل وغيرهم أنه توفي في بلد كذا منذ وقت كذا، ويعرفون أن أهل الإحاطة بميراثه زوجه فلانة وبنوه منها فلان وفلان وفلان، ولا وارث له سواهم في علمهم، وقيدوا بذلك شهادتهم مسؤولة منهم في كذا»، ولا تقبل أن تقول بعد الشهادة في الموت : «على السماع ويعرفون أهل الإحاطة »؛ لأنك إذا عطفت حصر الوراثة في الوراثة على السماع دخل ذلك ما دخل [في][1] الشهادة في الحبس على السماع فافهمه.

وقولنا : «في علمهم».

---

(١) سقط من أ، ب.

لفظ جيد لما في الشهادة على القطع من الخلاف ، والمشهور عدم إعمالها .

فإن أقر رجل لرجل بنسب يرثه به أو بولاء عقـدت في ذلك: « أشهد فلان على نفسه أنه إن توفي عن غير عقب ذكـر، فليس له عاصب يرثه سوى فلان» ، وإن كان الوارثان اثنين أو ثلاثة ذكـرتهم ، فإذا أشـهـد الرجل بما ذكر وثبت ذلك من قـوله، ويجب للمقر له بهذا الإقرار الميراث إذا لم يكن له وارث معروف النسب.

واختلف في يمينه إذا رفع نـسبهمـا في الإقرار إلى جد واحـد، وأما إن لم يرفع فيتقوى [وجوب](١) اليمين، وفي ذلك فلان ضعيف، انظر «الثاني لابن سهل»(٢).

* * *

---

(١) في ج: وجوه.

(٢) «الإعلام بنوازل الأحكام» (ص/ ٤٨٥).

وثيقة بمعرفة ضرر [يحدث

وهو على وجهين: إما بالمعرفة أو بالدليل، فإن كان بالمعـرفة فتعقد في ذلك][1] يعرف شهوده فـلان ابن فلان الفلاني معرفة تامة، ويشـهدون بأنه أحدث بموضع كذا من مدينة كذا فرنًا أو حمامًا أو سـاقية أو إجراء ماء» تصف ذلك كله وفي أي موضع أحدث، ثم تقول: «ويعرفون أن ذلك أضر بـجاره فلان إضرارًا بينًا في داره، وقيدوا بذلك شهادتهم مسؤولة منهم في كذا».

فإذا ثبت هذا الرسم أعـذر فيه للمحـدث المذكور، فإن لم يكن عنده فيـه مدفع وجب رفع ذلك وقطعه، فإن [أثبت أن ذلك ليس بضرر لم يلتفت إلى ذلك، وكانت الشهادة بالضرر أولى.

وقيل: أنه ينظر إلـى أعدل البينتين فـيقضي بهـا؛ لأن شهادة كل فـريق على ما يؤديه العيان ، قاله الباجي، فتأمله.

وإن كانت الشهادة بالدليل فتكتب في ذلك: «وقف شهوده في يوم تاريخه، وهم من أهل المعرفة والبصـر بالمباني وعيوبها والقديم منهـا والحديث، والمرجوع إليهم في علم ذلك إلى الدار التي بموضع كذا من مدينة كـذا، فعاينوا بالقرب منها مـتصلاً بها فرنًا أو حمامًا أو ساقية أو مـرحاض أو طاقًا أو كوة يكشف منها على دار جاره فلان المتصلة بها من جهة كذا، وظهر لهم بدلـيل نظرهم وبرهان معرفتهم أن ذلك محدث ليس بقديم، وأن ذلـك مما يضر بجاره المذكـور ضررًا بينًا، وقـيدوا بذلك شـهادتهم مسؤولة منهم في كذا»، فإذا ثبت][2] هذا الرسم أعذر فيه للمحدث المذكور، فإن لم يكن عنده فـيه مـدفع قـضي عليـه بإزالة ذلك وهدمه ، وإن سـقط من الرسم ذكـر الحدوث وتنازعا في القدم والحدوث، فـفي ذلك قولان: هل يحمل على الحدوث أو

---

(١) سقط من ج.

(٢) سقط من ج.

على القدم؟، والذي مضى عليه العمل أنه محمول على الحدوث حتى يثبت القدم.

فإن اطلع المحدث عليه على هذا الضرر وسكت عن ذلك عشرة أعوام أو نحوا من غير عذر يمنعه فلا قيام له، وإن أقام عليه بقرب الفراغ منه فعليه اليمين أن سكوته لم يكن إسقاطًا منه لحقه.

فإن اطلع عليه، ثم باع داره قبل مضى المدة التي يستحق بها الأحداث فيريد المبتاع القيام عليه في ذلك ، فإن كان البائع لم يتبرأ له منه كان له القيام بالعيب، فإن كان موجبا للرد رد ، ثم ليس للبائع القيام به على محدثه.

وإن لم يعلم البائع، وجب للبائع القيام به على محدثه، فإن ارتفع الضر قبل ذلك لزم المبتاع الابتياع، فإذا قضي على المحدث بإزالة الضرر ورفعه أزاله ورفعه رفعًا كليا، وقلع جميع ما يدل على أنه كان هناك ذلك الشيء المحدث.

فإن كان المحدث بابًا أو كوة أغلق ذلك وأزال العتبة؛ لأنه إن تركها وطال الزمان ونسي الأمر كانت حجة للباب أو للكوة، انظر «الوثائق المجموعة» وكل ما أحدث الرجل في داره مما يضر بجاره فله منعه منه، واستحق بعض الأشياء دون بعض.

وتلخيص ذلك: أن ما يحدث الرجل في ملكه مما يضر بجاره ينقسم على ثلاثة أقسام : منه ما يمنع باتفاق، ومنه ما لا يمنع باتفاق، ومنه ما يختلف في وجوب الحكم بالمنع منه.

فأما ما يمنع باتفاق: بأن يحدث الرجل الأندر في جوار دار جاره وجنانه فيضر به ما يقع بداره أو بجنانه من تبن أندره عند الذّر، ومن ذلك ضرر الدخان كالفرن والحمام، ومنه ضرر الروائح مثل الدباغ وما في معناه، ومنه ما يضر بالجدران كالكنف والأرحية وما يشبهها، ومنه ضرر الاطلاع كالكوى أو المناصب يشرف منها على عياله، وفي هذا خلاف شاذ، ويقول لجاره: استر على نفسك إن شئت.

وأما ما لا يمنع باتفاق: مثل أن يحدث فرنًا بإزاء فرن أو حمامًا بإزاء حمام أو ما أشبه ذلك، ومن ذلك أن يبني بداره بناء يمنع به الضوء والشمس والريح عن جاره،

ومن ذلك ضرر الأصوات كالحداد ، والكَمَّاد[١] والنَّدَّاء في هذين الوجهين خلاف شاذ.

وأما ما يختلف في وجوب الحكم به مثل أن يحدث الرجل في أرضه بناء [أندر][٢]. بقرب جاره يمنعه به الريح.

فقال ابن القاسم وابن نافع: يمنع .

واختلف فيه قول سحنون، انظره في الأقضية الثاني من «البيان»[٣].

واختلف في حيازة هذا السور، هل يحاز أم لا؟

فقيل: لا يحاز أصلاً، وقيل: يحاز، وقيل بالفرق وبين ما يتزايد فلا يحاز، وما لا يتزايد فيحاز، وحيازته ـ على القول بالحيازة ـ على الأقارب والأجنبيين سواء، لا يفرق في ذلك كما يفرق في الاستحقاق .

وحكى ابن يونس عن بعض الشيوخ في ضرر الاطلاع: أنه لا يحاز وتغلق الكوة وأن ذلك حق لله تعالى لا يحل الكشف على كل حال، انظر حريم البئر من كتابه.

وأما فتح الأبواب بالسكك النافذة وغير النافذة، فتحصيل القول في ذلك: أنه اختلف في فتح الباب وتحويله في السكة غير النافذة على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن ذلك لا يجوز إلا بإذن جميع أهل السكة، قاله ابن زرب.

الثاني: أن ذلك له فيما لا يقابل دار جاره ولا قرب منه، وهو قول ابن القاسم في «المدونة»[٤].

---

(١) الكماد: أن يؤخذ خرقة فتحمى بالنار وتوضع على موضع الورم، وهو كي من غير إحراق. في الحديث عن جبير بن مطعم: «رأيت رسول الله ﷺ عاد سعيد بن العاص فكَمَّدَه بخرقة». «تهذيب اللغة» (١٠ / ٧٦)، و«لسان العرب»(٣ / ٣٨١).

(٢) زيادة من «البيان والتحصيل» (٩ / ٢٦٤).

(٣) «البيان والتحصيل» (٩ / ٢٦٤).

(٤) «التهذيب» (٤ / ٣٩٨).

الثالث: أن ذلك له إذا سد الباب الأول، وليس له أن يفتح بابًا لم يكن هنالك بحال.

وأما السكة النافذة فاختلف في ذلك على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن ذلك له[١] وهو قول ابن القاسم في «المدونة»[٢].

الثاني: ليس له ذلك إلا أن ينكب، وهو قول سحنون.

الثالث: أن ذلك له إذا كانت السكة واسعة ، وهو قول ابن وهب، انظر «سماع عبد الملك بن الحسن من «كتاب السلطان»[٣].

قال بعض الموثقين: الزقاق الواسع سبعة أذرع فأكثر، والضيق ما دون ذلك.

قال بعض الشيوخ: وقولهم في السكة غير النافذة ظاهر طويلة كانت أو قصيرة، والتفريق بين النافذة وغير النافذة إنما هو بقدر كثرة المرور عليها ، فإذا كانت السكة طويلة كانت كالنافذة ، فإذا كانت قناة لقوم وانسدت، وأراد إصلاحها أن الأول يكنس ما في داره ثم يكنس مع الثاني ما في داره ، ثم يكنس الأول والثاني مع الثالث ما في داره، ثم كذلك إلى آخرها، فإن كانت القناة لواحد تجري في داره فصلاحها عليه، فلو كان مجرى ماء لقوم وهم فيه أشراك، ولبعض الناس عليه جَنَّات كثيرة ولبعضهم جَنَّان أو جنان فاندفنت الساقية وأرادوا حفرها، هل يكون حفرها على عدد الرؤوس أو على عدد الأجزاء؟ انظر «سماع أصبغ» من السداد والأنهار[٤]، فإن اختنقت واحتاجت إلى الكنس ، وكان بعضهم ينتفع بأعلاها وبعضهم بأسفلها، فقال القاضي: إذا اندفنت الساقية في أعلاها قبل أن تصل إلى واحد منهم، وهي إن نقيت وصل الماء إلى جميعهم، وإن لم تنق لم يصل إلى واحد منهم، فالذي ذهب إليه

---

(١) «التهذيب»(٤ / ٢٢٥)، وانظر: «البيان، والتحصيل» (٩ / ٤٠٣).

(٢) هنا انتهت النسخة (ج).

(٣) «البيان والتحصيل» (٩ / ٤٠٥).

(٤) «البيان والتحصيل» (١٠ / ٣٢٧).

أصبغ: إن حفرها وتنقيتها على قدر الحقوق ، وهو الأظهر مما قيل في ذلك؛ لأنه أصل قد اختلف فيه قول ابن القاسم في أجرة الأجير على الخصام وغيرها من المسائل، وقد اختلف أيضًا قول ابن القاسم في تنقية الكنف، فالمعلوم من مذهبه والأظهر من الأقوال: أنها تكون على قدر الرؤوس ، وهو على قياس القول أنها تكون في الدور المكتراة على مكتر لا على أرباب الدور.

وقد روي عنه: أنها تكون على قدر الأنصباء، وعليه يأتي من أن تنقية الكنف المكتراة على أرباب الدور ، فتفرقة أصبغ بين كَنْفِ الكنف وسائر المسائل المذكورة هو أظهر الأقوال.

فيتحصل في جملة المسألة ثلاثة أقوال: على الأنصباء، على الرؤوس، تفرقة أصبغ بين تنقية الكنف وما سواها.

وأما إذا اختنقت الساقية بعد أن تجاوزت خط أحدهم وهو الأعلى منهم، فلا يلزم إلا على أن يعمل مع الأسفل، إذ لا منفعة له فيه، ولا ضرر عليه في تركه؛ لتأتي الساقي له في الحالتين جميعًا، وهو الذي يأتي في هذه المسألة على أصولهم .

قال القاضي أبو الوليد ابن رشد: قول أصبغ: فاختنقت الساقية. . . إلى آخره، يريد بهذه الساقية التي تجري في المجاج بالاتفاق والرحاضات؛ لأنها هي الساقية التي تتصور أن ينتفع بعضهم بأعلاها وبعضهم بأسفلها، وأما ساقية السقي فأعلاها ينتفع به الأعلى والأسفل وأسفلها لا ينتفع به إلا الأسفل وحده، انظر سماع أصبغ.

فإذا قام المحدث عليه بالضرر، وادعى حدوثه، وقلنا: القول قوله في الحدوث، وادعى المحدث القدم وأقام بذلك بينة ، فتعقد في ذلك إن كان أيضًا بالمعرفة: «يشهد من يتسمى عقب تاريخه أنهم يشهدون منذ دركوا بأسنانهم وفهموا بعقولهم، أو يعرفون منذ عشرين عامًا أن ساقية دار فلان التي بموضع كذا من مدينة كذا تجري بموضع كذا بماء السماء والرحاضات وإلى أن تخرج إلى موضع كذا، وقيدوا بذلك شهادتهم مسؤولة منهم في كذا».

فإذا ثبت ذلك ، وحيز على شهوده الرسم أعذر في ذلك للقائم بالضرر، وجرى الحكم بينهما على ما تقدم، فكذلك تعقد في كل ضرر من كشف أو دخان أو رائحة مما تقدم ذكره.

وإن كان ثبوته بالدليل كتبت في ذلك: « وقف شهوده في تاريخه، وهم من أهل المعرفة والبصر بالمباني وعيوبها والقديم منها والحديث، إلى الدار التي بموضع كذا، من مدينة كذا فعاينوا بها ساقية تمر بموضع كذا إلى موضع كذا، أو عاينوا بموضع كذا يكشف منها على دار جاره وموضع تصرف عياله، أو عاينوا فرنًا أوحمامًا بقرب الدار المذكورة ، وأن دخان ذلك ينعكس في الدار المذكورة ، وذلك كله يضر بالدار المذكورة، وظهر لهم ذلك بدليل بصرهم وبرهان معرفتهم أن ذلك أقدم من عشرة أعوام ونحوها، وقيدوا بذلك شهادتهم مسئوولة منهم في ذلك»، فإذا ثبت ذلك وأعذر فيه للخصم، ولم يكن عنده فيه مدفع ولا حجة قضى عليه ببقاء ذلك، فإن طاع هذا المقوم عليه بإزالة هذا الضرر، كتبت في ذلك: « أشهد فلان ابن فلان الفلاني على نفسه أنه لما أنهى إليه أن جاره تشكوا إليه ضرر القناة التي تجري بموضع كذا ، أو ضرر كشف الطاق التي يكشف منها على موضع كذا بدار جاره، أو دخان الفرن أو الحمام الذي بموضع كذا، ورغب إليه في قطعه عنه فأجابه إلى ذلك وأزاله عنه، وصرف الساقية عن موضعها إلى موضع كذا ، بحيث لا تضر بفلان المذكور، أو أغلق الطاق المذكور وأزال رسمها وغبنتها، وأشهد أنه لا حق له في ذلك بوجه ولا بحال إشهادًا صحيحًا، عرف قدره ، وشهد به عليه في صحة وطوع وجواز وعرفه، وفي كذا» فإذا قطع ذلك على ثمن أخذه ذكرت ذلك وقلت عقب الرسم: « كل ذلك على أن دفع إلى فلان كذا فقبض منه قبضًا تاما، وعلى ذلك وبسببه قطع ما ذكره» ثم تقيد الإشهاد عليهما معًا، وتؤرخ، فإذا ثبت حدوث الضرر المذكور وجب رفعه ثم دفع المحدث للقائم ثمنًا على أن يبقيه ولا يزيله، كتبت في ذلك: «دفع فلان ابن فلان لفلان ابن فلان كذا وكذا دينارًا، فقبضها منه فلان المذكور على أن أبقى الساقية التي أحدثها فلان المذكور بموضع كذا أو الطاق أو الباب الذي فتحه بموضع

كذا أو الحمام أو الفرن الذي أحدثه بموضع كذا إبقاء تاما، ورفع نزاعه عنه واعتراضه عنه رفعًا كليا ، ولم يبق له في ذلك حق بوجه ولا بحال، وعرف قدره، وشهد به عليه في صحة وجواز وطوع وعرفه، وفي كذا».

وإن أسقط حقه في ذلك دون عَرَض، قلت: «أشهد فلان ابن فلان على نفسه أنه أسقط من فلان ابن فلان نزاعه واعتراضه فيما أحدث عليه من الساقية التي بموضع كذا، أو الطاق أو الباب إسقاطًا تاما أبديا ، ورفع نزاعه فيه رفعًا كليا بعد ضعف ثبوت حقه في ذلك، إشهادًا صحيحًا، عرف قدره، وشهد عليه به في صحة وجواز وطوع وعرفه ، وفي كذا ».

وإن أرفق[1] رجل جاره بجدار يبني عليه أو يغرز فيه خشبًا ، وأردت عقد ذلك قلت: «أرفق فلان ابن فلان جاره فلانًا بجداره الحائز بين داريهما اللتين بموضع كذا من مدينة كذا، وهو الجدار الذي بشرق دار فلان المذكور ليبني عليه المرفق المذكور حائطًا غلظه كذا وارتفاعه كذا، أو يغرز فيه شقفًا بطوله ، وبجوف خشبه كذا» تصف جميع ما يريد عمله وحمله بالطول والعرض والغلظ والرقة، وهل هو بالحجر والآجر أو بغير ذلك، ثم تقول: «وقبل فلان المرفق المذكور وشكره عليه»، وإن كان ذلك بعوض ذكرته بعد وصف العمل ، وقلت فيه: « على أن دفع فلان المذكور إلى فلان المرفق المذكور كذا فقبضه منه، وعلى ذلك وبسببه أرفق كما ذكر، شهد عليهما به في صحة وجواز وطوع وعرفهما وفي كذا»، فإن كان الإرفاق بعوض فلابد فيه من ذكر الأجل، وإلا فسد إلا أن يكون إلى أبد الدهر، فيكون تمليكًا، فتأمله.

ولو كان ذلك بغير عوض ، فإن ذكر الأجل ولزمها، وإن لم يذكر الأجل فلما بنى هذا المرفق أراد المرفق أن يقلعه.

فقال بعض الموثقين: ينظر فإن كان المرفق احتاج إلى حائطه حاجة مؤكدة كان ذلك له إذا مضى من المدة ما يرى أنه انتفع بذلك، وإن أذن له أن يبني في أرض أو

(١) الإرفاق: إعطاء منافع العقار.

يغرسها على وجه العارية وجاز ذلك، وإن كان ذلك على وجهين:

أحدهما: أن تكون مؤجلة.

والثاني: أن تكون غير مؤجلة .

فالمؤجل ليس له إخـراجه قبل الأجل ، وقـد تقدم هذا، وإن كانت العارية غـير مؤجلة فله إخراجه قبل البناء والغـرس ، وليس له ذلك إذا بنى أو غرس حتى أمد ما يعار إلى مثله ، إلا أن يعطيه ما أنفق.

وروى الدمياطي عن ابن القاسم أنه قال[(١)]: وإن لم يضرب أجلاً وبنى فليس له إخراجه حتى يبلغ أمد ما يعار إلى مثله من الأمد.

قال ابن يونس[(٢)] : صواب؛ لأن العرف كالشرط .

وذكر أشهب في «كتابه»: أن لرب الأرض إخراجه فيما قرب أو بعد؛ لأنه أعاره إلى غـير أجـل، وهو فرط إذا لم يضـرب أجـلاً، ويعطيـه رب الأرض قـيمـة ذلك مقلـوعًا، فإذا انقـضت المدة أو مضـى من الأمد ما يـشبه أن يعـار إلى مثلـه، فأراد إخراجه فله أن يعطيه قيمة البناء أو الغرس مقلوعًا .

قال أبو محمد في «رسالته»[(٣)]: بعد طرح أَجْر من يقلع ذلك[(٤)].

انظر كلام ابن رشد في كتاب الغصب من «المقدمات»[(٥)].

وقد لخصها ابن رشد في رسم صلى نهارًا من كتاب الأقضية[(٦)]، وذكر فيها ستة

---

(١) «التهذيب» (٤ / ٣١٠).

(٢) «الجامع» (٥ / ٩٦).

(٣) «الرسالة» (ص / ١٣٥).

(٤) قلت: وهذا هو قـول ابن المواز، لكن قال ابن سـهل بعد كـلام ابن المواز: «وهذا خطأ من القول، ولا مـعنى له، إنما يَقَّوم مقلوعًـا، فأي أجرة قلع هـنا»؟! «الإعلام بنوازل الأحكام» (ص/ ٣٦٦).

(٥) «المقدمات» (٢ / ٤٩٤).

(٦) «البيان والتحصيل» (٩ / ١٧٧).

أقوال:

أحدها: ليس للآذن في شيء من ذلك [كله][١] أن يرجع [فيه][٢] إلا أن يحتاج .

الثاني: ليس له ذلك وإن احتاج .

الثالث: له أن يرجع وإن لم يحتج ويدفع إلى المأذون له فيما كان له من ذلك عمل قيمة نفقته .

الرابع: أن للآذن أن يرجع إذا مضى له من الأمد ما يعار إلى مثله .

الخامس: الفرق بين الإذن في وضع الخشب على الجدار وبين سائر ذلك للحديث[٣] .

السادس: الفرق بين ما يتكلف المأذون له فيه نفقة [وبين ما لم يتكلف فيه نفقة][٤].

ثم قال وهذا الخلاف إنما هو في الإذن المبهم الذي لم يصرح فيه بذكر هبة ولا عارية، انظر السماع المذكور.

وحكى ابن يونس عن ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وعن مالك: أن كل من بنى في أرض قوم أو غرس بإذنهم أو علمهم فلم يمنعوه ولا أنكروا عليه فله قيمته قائمًا كالباني بشبهة، وكذلك من تكارى أرضًا أو منحها إلى رجل أو بنى في أرض زوجته، أو أرض بينه وبين شريكه بإذنهم أو علمهم فلم يمنعوه، فإنما له قيمة عمله قائما، ثم حكاه عن جماعة.

---

(١) زيادة من «البيان».

(٢) زيادة من «البيان».

(٣) وهو ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه ـ من قوله ﷺ: «لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره» ، أخرجه البخاري (٢٤٦٣)، ومسلم (١٦٠٩).

(٤) سقط من الأصول، واستدركناه من «البيان».

وأما الغاصب إذا بنى فإنما له قيمة عمله مقلوعًا.

والمشتـري إذا بنى، ثم وقع استحـقاق، فإنما له قـيمته قـائمًا، فالمشـتري طرف والغاصب طرف والمكتري والمستعـير ومن بنى في أرض زوجته ، وفي أرض بينه وبين أشراكه واسطة اختلف .

وسبب الخلاف: أن المشتري بنى بشـبهة وعلى وجه التأبـيد، والغاصب بني بلا شبهة، وعلى غير التأبيد ، والمكتري ومن مـعه فيه وصفان وصف يشبه المشتري وهو البناء بشبـهة ، ووصف يشبـه الغاصب وهو دخـوله على غير التـأبيد، فهـذا سبب الخلاف.

* * *

باب أذكر فيه نبذاً من كتب القضاة وتسجيلاتهم والشهادة عليهم وغيرها

اعلم وفقنا الله وإياك أن من أقام بينة على غائب ثم قدم قبل الحكم لم تعد البينة [لحضوره][١] هذا قوله في الأقضية من «المدونة»[٢] ومثله في طلاق السنة على المفقود.

وقولنا: «لم تعد البينة».

أي : لا يلزم البينة التودية مرتين.

ثم قال[٣]: لكن يخبره بمن شهد عليه، وبالشهادة فلعل عنده حجة.

هذا إذا كان هو ذلك القاضي، وأما إن مات أو عزل، وفي ديوانه شهادة البينات وعدالتهم لم ينظر فيه من ولي بعده، ولم يجزه إلا أن تقوم عليه بينة، فتأمل هذا.

وقد قال عياض[٤]: فإن كان يريد: تقدم البينة على خطوطهم ، ففيه جواز الشهادة على خط المشهود وإعمالها، وليس هو مشهور مذهبه، وإن كان يريد: شهدوا على إيقاع الشهود لهذه الشهادة عند القاضي، فيقوم عنه جواز الشهادة على مثل هذا، والخلاف فيه معلوم .

قال ابن محرز: قوله: «إلا أن تقوم عليه البينة» إن كان أراد إقامة البينة على [الحكم][٥] فقد أفادت المسألة جواز الشهادة على الخط ، وإن كان أراد به إقامة البينة على سماعهم الشهادة من الشهود حين أثبتوها عند القاضي فقد أفادت جواز النقل،

---

(١) في «التهذيب»: بحضوره.
(٢) «التهذيب» (٣ / ٥٧٧).
(٣) «التهذيب» (٣ / ٥٧٨).
(٤) «التنبيهات» (٣ / ١٦٣٤).
(٥) سقط من أ، والمثبت من ج.

وإن لم يكن الناقل ممن أذن له الشهاد في النقل.

قال عياض [١]: وقد يكون قيام البينة بإشهاد القاضي المتوفى أو المعزول إياهم بقبولها، فافهم ذلك فهي ثلاثة تأويلات.

ثم قال في «المدونة»:

فإن لم يقم بينة على ذلك أمرهم القاضي المحدث بإعادة البينة، وللطالب أن يُحَلِّف المطلوب ، فإن نكل حلف الطالب بإفادة المسألة: أن حكم القاضي يثبت بالشاهد واليمين؛ لأنه أقوى من النكول.

وقد قال[٢]: فإن نكل حلف الطالب وثبتت له الشهادة فانظره؛ لأنه نكول ويمين يتنزل منزلة شاهد ويمين، وهذا إنما يكون فيما يتعلق بالأموال.

وقد وقع لابن الهندي في السفيه إذا ادعى على رجل بدعوى، ونكل الرجل عن اليمين :أن السفيه لا يحلف، بخلاف إذا قام له شاهد، قال: وإنما حلف مع الشاهد لإحياء البينة، وإلى هذا ذهب المتيطي.

واعترض ابن سهل قول ابن الهندي لما نقله، وقال: الصواب أن يحلف مع النكول، انظر ابن سهل[٣].

فإذا أردت حسم هذا الاختلاف: إذا ثبت الرسم عند القاضي، وكتبت أسفله: «اكتفى» فتكتب أسفل الرسم: « أشهد قاضي الجماعة مدينة كذا وهو فلان - أعزه الله وحرسها - باكتفاء الرسم فوقه الاكتفاء التام، وهو مجلس نظره وموقع حكمه وقضائه من حيث ذكر، وفي كذا» وبعضهم يزيد في التسجيل: « على توجه الأعذار فيه لمن له فيه مدفع أو مقال» وإثباته وإسقاطه سواء.

---

(١) «المدونة» (٤ / ١٤)، و«التهذيب» (٣ / ٥٧٦).

(٢) «التهذيب» (٣ / ٥٧٧).

(٣) «الإعلام بنوازل الأحكام» (ص/ ٥٢).

وقولنا : «لمن له فيه مدفع أو مقال».

والتصريح به أصوب، وهو بيان لوجه الحكم، وفيه تنبيه حسن بقوله: « لمن فيه مدفع أو مقال» ، فقد يكون لغير المقوم عليه به فيه مدفع أو مقال مشتر أو بائع أو غيره مثل أن يستحل دارًا من يد مشتر ثبت شراؤه لها وأعذر له في الاستحقاق ، فهل يحتاج عند الحكم لهذا المستحق إلى الإعذار للبائع أم لا؟ في ذلك تنازع، وقد وقع في «المدونة» ما يدل أنه لا يحتاج في الحكم إلى الإعذار للبائع ، ونبه على ذلك ابن محرز؛ لأن المشتري منه كالوكيل له في ذلك، فالإعذار إلى المشتري ينوب عن الإعذار إلى البائع ، واعترض هذا بعض الشيوخ .

وقال في «المدونة» ما يدل على الإعذار إلى البائع، وفرق بعضهم بين أن يكون البائع حاضرًا أو غائبًا.

وقولنا:«وهو بمجلس نظره».

زيادة حسنة، لا يضر إسقاطها، نعم،فيها بيان أن القاضي كان حين الشهادة ببلد عمله [ليرتفع ما](١) في ذلك من الخلاف إن حَلَّ بغيرها، فأتاه قوم من أهل عمله يسألونه أن يسمع من بينتهم على رجل في عمله، أو كان قد شهد عنده شهود في عمله فأراد المشهود له أن يكتب إلى قاض غيره، فليس له ذلك، وليس له أن يسمع من بينته، ولا ينظر في عدالتها، ولا يشهد عنده أحد إلا في بلده، ولأصبغ خلاف ذلك، انظر الأول لابن سهل(٢).

وإذا كان القاضي إنما كتب أسفل الرسم ثبت قبض ما تكتب: «أشهد قاضي الجماعة بمدينة كذا، وهو فلان- أعزه الله تعالى وحرسها- بثبوت الرسم فوقه الثبوت التام لصحته عنده وثبوته لديه بواجبه، وهو أدام بمجلس نظره وموضع حكمه وقضائه من حيث ذكر»، ثم تؤرخ.

---

(١) زيادة من جـ.

(٢) «الإعلام بنوازل الأحكام» (ص/ ٣٣).

وإن كان إنما كتب أسفل فتكتب على ما تقدم بمثل ما تقدم إلى قوله: «بثبوت» فتقول: « باستقلال الرسم عنده استقلالاً تاما»، ثم تكمل الرسم على ما مضى.

وإن كان القاضي لم يشهد بالتسجيل على ما تقدم، وإنما خاطبه فيه وكتب بخطه: «أعلم باكتفائه فلان ابن فلان ، أو علم بثبوته، أو أعلم باستقلاله» ثم وصل إلى غيره ، فإنه لعمله على ما جرى به العمل سواء عين فيه المكتوب له، [أو لم يعينه][(١)] هذا قوله في «المدونة» ثم اختلف العلماء بماذا يثبت خط القاضي عند الواصل إليه: **فقال ابن رشد في الأقضية الأول من «البيان»**: يثبت ذلك عند القاضي بشهادة شاهدين، أنه خطه، قاله ابن القاسم وابن الماجشون.

وقال أشهب: لا تجوز شهادتهما أنه خطه وكتابته حتى يشهدا أنه قد أشهدهما عليه.

وظاهر نقل الشيوخ أن شهادة الشاهدين على خط القاضي جائزة وإن كان ذلك في زنا .

وقد قال سحنون في «كتاب ابنه»: وأنا أرى ألا يثبت ذلك إلا بأربعة فتأمله، «انظر ابن يونس» .

وكان سحنون لا يقبل كتاب قاض من قضاته إلا بشاهدين، ولا يفكه إلا بمحضرهما ، وكان يعرف خط بعض قضاته، ثم لا يقبله إلا بشاهدين.

قال: وكان القضاة إذا كتبوا إليه في مسائل الخصام والأحكام فيجيبهم ويطبع كتابه إليهم، ولا يشهد عليه، وكان من يرد عليه منهم ينفذ ذلك، وكان يقبل كتب أمنائه وينفذها بلا بينة عليها.

قال بعض الشيوخ المتأخرين: ما يفعله أهل زماننا من كتب القاضي خطه في الإعلامات والاكتفاء بالشهادات على خطه دون إشهاد القاضي عليه خارج عن

---

(١) سقط من أ، والمثبت من جـ.

نصوص المتقدمين، وإن كان قد وقع لسحنون وابن كنانة الاكتفاء بكتب أمنائه من أعراض البلد، فجعل ذلك المتأخرون أصلاً في قبول الإعلام إذا شهد على خط القاضي وربما اكتفى بمعرفة خط القاضي؛ لأنه - والله أعلم- يرى كالذي كتب إليه من أمنائه إذا كان له النظر في توليته وعزله، وشبهوه بما كان سحنون يفعله في كتب أمنائه من أعراض البلد وما قاربها، فانظر ذلك، فإنه أمر مستمر، وعليه العمل عندنا، وهو مشكل.

فصل: فإذا نسخت رسمًا من الرسوم فإن كان شهوده أحياء حاضرين نقلوا شهادتهم من الأصل إلى النسخة بعد مقابلة الفرع الأصل، وحسبك في النسخ نقل ذلك حرفًا بحرف من غير زيادة ولا نقص، إلا أن الشاهد إذا شهد في الفرع وهي النسخة فيكتب بعد شهادته: « ونقل» ليتبين أن هذا الرسم الذي وضع فيه شهادته نسخة وإن كانت النسخة نقلت بالمعنى من محمول رسم أو من أسفله فيقول: «ونقل بالمعنى» ،إن كان شهوده غُيَّبًا أو موتى، وأردت نسخ ذلك وقع على شهادتهم عند القاضي كما يشهد على خط القاضي وأوقع على شهادة كل واحد منهم «شهد على خطه لمغيبه أو لموته» ثم تكتب عقب الرسم: « استقل»، أو: « ثبت» فإن أردت تسجيل الرسم في الأصل فاكتب تحت الرسم التسجيل المتقدم حرفًا بحرف، ثم تنسخهما معًا فتستفتح النسخة بعد الافتتاح: « هذه نسخة رسمين اثنين نص الأول منهما» بعد سطر افتتاحه إذا كان أول سطره البسملة، وإن كان افتتاحه بالحمد لله، قلت: بعد الحمد لله، ثم تقول: «من أوله إلى آخره لشهادتين عقبه أو إلى آخر الشهادات عقبه»، ثم تنص الرسم كما وقع حرفًا بحرف من غير زيادة ولا نقص إلى شهادات شهوده، فتنقل أسماءهم، وعقب كل اسم ما وقع القاضي عليه من قوله: شهد على خطه لموته أو لمغيبه، ثم تقول: وتقيد عقبه بخط من يجب ما نصه: «استقل » أو: «ثبت».

ثم تقول: « ونص الثاني منهما وهو مقيد عقب الرسم المنصوص من أوله إلى

آخر تاريخه، أشهد قاضي الجماعة» وتتم الرسم إلى آخر تاريخه فرغت من نسخها فتكتب عقبهما متصلاً بالتاريخ: « قابلهما بأصليهما، فتماثلا، ونقل شهادته في الرسم الثاني منهما إلى هنا في كذا»، ثم تؤرخ المقابلة والنقل.

وإن وقع في النسخة أي محو بشر أو لحق أو إصلاح اعتذرت عن ذلك بعد هذا التاريخ، فتقول فيه : «ملحق كذا وكذا» تنص الملحق إلى آخره.

ثم تقول عقب الجميع: « صحيح منه أو فيه».

وإن أردت أن تعدل عن التسجيل وغرضك إنما هو نسخ الرسم خاصة فتستفتحه بقولك : «هذه نسخة رسم واحد نصه بعد سطر افتتاحه أو بعد الحمد لله من أوله إلى آخره لشهادات أو الشهادتين عقبه» كذا تنص الرسم أيضًا إلى آخره، وتكتب أسماء شهوده وما أوقع القاضي على شهادتهما، وما تقيد عقبه من خط القاضي ثبت أو استقل، ثم تقول عقب ذلك متصلاً به:«قابله بأصله فماثله وأشهده قاضي الجماعة بمدينة كذا وهو فلان - أعزه الله تعالى وحرسها- باستقلال الرسم المذكور عنده أو ثبوته لديه بواجبه الاستقلال التام أو الثبوت التام لصحته عنده وثبوته لديه بواجبه وهو بمجلس نظره من حيث ذكر، وفي كذا كذا» جرى عمل القضاة أن يوقعوا على شهادة الغائب أو الميت: « شهد على خطه لموته» من غير تسمية من شهد على خطه، والاحتياط تسمية الشهود الذين يثبت الخط بشهادتهم؛ لأن ذلك من القاضي حكم على من ذلك الرسم عليه ، إذ يحتاج عند الحاكم إلى الإعذار في شهادة شهود الأصل، وفي شهادة من شهد على الخط ، وما أراهم ذهبوا إلى ذلك إلا قصد الاختصار عملاً للسلامة من النزاع .

وأما لو طلب المستظهر عليه بالنسخة ـ وهو المحكوم عليه ـ تسمية من شهد لمكن من ذلك، ولا يحكم عليه إلا بعد الإعذار إليه في جميعهم فتأمل ذلك.

ولو كان شهود الأصل بعضهم حاضر وبعضهم غائب أو ميت وأردت نسخة الرسم فالاحتياط أن يؤدي الحاضر شهادته عند القاضي، ويشهد على الغائب أو الميت

على ما مضى ثم تنسخه على ما تقدم، وبعضهم يذهب إلى الاختصار والاستغناء عن مطالعة القاضي فينقل الحي شهادته على ما تقدم ، ثم يقول بعد شهادته: « قابله بأصله فماثله، ووقف في الأصل المذكور على شهادة من أدركته الوفاة من شاهديه وهو فلان ابن فلان الفلاني موقع شهادته أولاً أو ثانيًا أو ثالثًا على مضمون الرسم المذكور ، وأمعن النظر في شهادته فتحقق أنها شهادته المعهودة منه، والمنكر ربما كتبه أيام حياته من غير شك لحقه في ذلك ولا ريب، ويعلم أنه توفي رحمه الله تعالى وهو موسوم بالعدالة وقبول الشهادة، وقيد به شهادته في كذا ».

وإن كان الشاهد غائبًا قلت: «قابله بأصله فماثله، ووقف في الأصل المذكور على شهادة من هو غائب من شهود غيبة تبيح الشهادة على الخط وهو فلان ابن فلان موقع شهادته أولاً أو ثانيًا أو ثالثًا على مضمون الرسم المذكور، وأمعن النظر في شهادته فتحقق أنها شهادته المعهودة منه، والمنكر ربما كتبه من غير شك لحقه في ذلك، ولا ريب وأنه لم يزل موسوما بالعدالة وقبول الشهادة، وقيدوا بذلك شهادته في كذا.

هنا يا أخي انتهت إجابتي إلى ما رغبت، وقد سارعت ـ بحمد الله ـ فيما طلبت، وإن كان النشاط قليلاً والذهن كليلاً بما أظلنا مما يشغل البال وينقص الحال، فخذها إليك قد أهديتك إياها، وودعتك بفحواها، فتلقها مني غير متكلف لها، فالعلم أفضل خلف، والعمل به [يكمل الشرق][1]، وعلى من وقف في كتابنا هذا على حرف خالفنا فيه يقضي علينا فيه بالغلط، وربما نحن من ذلك سالمون، فعلى الناظر أن يتدبر ذلك، فإن كان حقا ، وكنت له مريدا أن يتلقاه بقلب سليم، وإن كان باطلاً أو كان فيه شيء ذهب عنا أن يردنا عنه بالاحتجاج والنقل، فإن ذلك أنفع للنظر وأوجب للعذر، وأشفى للقلوب، فإن العلم أكثر من أن يحاط به أو يوقف من ورائه ، ولا نعلم أن الله عز وجل أعطى أحدًا من البشر موثقًا من الغلط وأمانا من الخطأ، بل وصف عباده بالعجز وقرنهم بالحاجة، ووصفهم بالضعف فقال: ﴿ وَخُلِقَ

(١) في جـ: أكرم شرف.

الإنسَانُ ضَعِيفًا﴾ [النساء:٢٨] **﴿ وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ﴾** [يوسف:٧٦] ، فقد يفتح للآخر ما أغلقه عن الأول، ويجيبه بمتأخر يتعقب قول المتقدم، وواجب على من علم شيئًا من الحق أن يظهره ، وينشره، والله ولي التوفيق، هو المرشد إلى سواء الطريق بمنه وفضله.

وصلى الله على سيدي محمد وآله وصحبه وسلم تسليمًا أمين.

كمل والحمد لله رب العالمين وصلى على سيدنا محمد وعلى آله وأزواجه الطاهرات المنتخبين الأخيار الطيبين الطاهرين.

على يد الفقير المذنب الراجي رحمة ربه وعفوه : عبد الله بن سعيد بن علي بن ناصر العرجي من تامروت يغفر الله للجميع .

وكان الفراغ منه في شهر الله صفر عام ستين وألف، عرفنا الله خيره ووقانا شره بمنه وكرمه، والحمد لله على ما أولانا من الفضل والكرم.

* * *

الفهارس العامة

١- فهرس الآيات القرآنية

٢- فهرس أطراف الأحديث

٣- فهرس الأماكن

٤- فهرس الكتب الواردة في الكتاب

٥- فهرس الموضوعات

١- فهرس الآيات القرآنية

٢- فهرس الأحاديث والآثار

٣- فهرس الأماكن

٤- فهرس الكتب الواردة

٥- فهرس الموضوعات